



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 22 grudnia 2022 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE –
Udzielenie zamówienia publicznego bez wszczęcia postępowania przetargowego –
Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego – Artykuł 12 ust. 3 –
Zamówienia publiczne będące przedmiotem zamówienia *in house* – Pojęcie „podobnej
kontroli” – Warunki – Reprezentacja wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających –
Artykuł 12 ust. 4 – Umowa między instytucjami zamawiającymi realizującymi wspólne cele
leżące w interesie publicznym – Pojęcie „współpracy” – Warunki – Brak transpozycji
w wyznaczonym terminie – Bezpośrednia skuteczność

W sprawach połączonych C-383/21 i C-384/21

mających za przedmiot dwa wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie
prejudycjalnym, złożone przez Conseil d'État (radę stanu, Belgia) postanowieniami z dnia
15 czerwca 2021 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 24 czerwca 2021 r., w postępowaniach:

Sambre & Biesme SCRL (C-383/21),

Commune de Farciennes (C-384/21)

przeciwko

Société wallonne du logement (SWL),

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: E. Regan (sprawozdawca), prezes izby, D. Gratsias, M. Ilešič, I. Jarukaitis i Z. Csehi,
sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: M. Siekierzyńska, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 30 marca
2022 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Sambre & Biesme SCRL – J. Laurent i C. Servais, avocats,

* Język postępowania: francuski.

- w imieniu commune de Farciennes – J. Bourtembourg i N. Fortemps, avocats,
 - w imieniu rządu belgijskiego – J.-C. Halleux, C. Pochet i L. Van den Broeck, w charakterze pełnomocników, których wspierała M. Vastmans, avocate,
 - w imieniu Komisji Europejskiej – P. Ondrůšek i G. Wils, w charakterze pełnomocników,
- po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 9 czerwca 2022 r.,
wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 12 ust. 3 i 4 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 Wnioski te zostały złożone w ramach sporów między Sambre & Biesme SCRL, société de logement de service public (SLSP) (spółką mieszkaniową użyteczności publicznej, zwaną dalej „SLSP Sambre & Biesme”) (sprawa C-383/21) oraz commune de Farciennes (gminą Farciennes, Belgia) (sprawa C-384/21) a Société wallone du logement (SWL) (walońską spółką mieszkaniową, zwaną dalej „SWL”) w przedmiocie unieważnienia przez tę ostatnią decyzji zarządu SLSP Sambre & Biesme w przedmiocie, po pierwsze, zatwierdzenia umowy ramowej w sprawie wspólnych zamówień zawartej z gminą Farciennes (zwaną dalej „umową ramową”) oraz, po drugie, nieprzeprowadzenia postępowania przetargowego w odniesieniu do zamówienia na usługi dotyczące inwentaryzacji azbestu ze względu na relację *in house* istniejącą między SLSP Sambre & Biesme a Intercommunale pour la gestion et la réalisation d’études techniques et économiques (Igretec) (międzygminną spółką ds. zarządzania projektami technicznymi i ekonomicznymi oraz ich realizacji, zwaną dalej „Igretekiem”).

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Motywy 5, 31 i 33 dyrektywy 2014/24 mają następujące brzmienie:

„(5) Należy przypomnieć, że żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy. Świadczenie usług w oparciu o przepisy ustawowe, wykonawcze lub umowy o pracę nie powinno być objęte zakresem niniejszej dyrektywy. W niektórych państwach członkowskich może mieć to miejsce w przypadku pewnych usług administracyjnych i rządowych, takich jak usługi wykonawcze i ustawodawcze lub świadczenie pewnych usług na rzecz społeczności, takich jak usługi w zakresie spraw zagranicznych lub wymiaru sprawiedliwości, czy też obowiązkowe usługi zabezpieczenia społecznego.

[...]

- (31) Istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające. Dlatego też konieczne jest doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Wyjaśnienie takie powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako taki zastosowania przepisów dotyczących zamówień. Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.

Należy zagwarantować, że[by] żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje [nie skutkowała] zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.

[...]

- (33) Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość postanowienia o wspólnym świadczeniu swych usług publicznych w drodze współpracy bez konieczności zastosowania konkretnej formy prawnej. Taka współpraca może obejmować wszystkie rodzaje działalności związane z wykonaniem usług oraz obowiązków nałożonych na uczestniczące instytucje lub przyjętych przez te instytucje, takich jak obowiązkowe lub dobrowolne zadania władz lokalnych lub regionalnych lub usługi powierzone konkretnym organom na mocy prawa publicznego. Usługi świadczone przez poszczególne uczestniczące instytucje nie muszą być identyczne; mogą mieć również charakter komplementarny.

Do umów dotyczących wspólnego świadczenia usług publicznych nie powinny mieć zastosowania zasady określone w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że umowy te są zawierane wyłącznie między instytucjami zamawiającymi, że prowadzeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym i że żaden prywatny usługodawca nie znajduje się w sytuacji korzystniejszej niż jego konkurenci.

Aby spełnić te warunki, współpraca ta powinna opierać się na koncepcji współdziałania. Współdziałanie takie nie wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy. Ponadto realizacja współpracy, w tym wszelkie transfery finansowe pomiędzy uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi, powinna podlegać wyłącznie względem związanym z interesem publicznym”.

- 4 W tytule I tej dyrektywy – „Zakres stosowania, definicje i zasady ogólne” znajduje się rozdział I – „Zakres stosowania i definicje”, którego sekcja 3 – „Wyłączenia”, zawiera art. 7–12.

5 Artykuł 12 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego”, 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 [t]raktatami, 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 [nie wchodzi w] 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;

[...]”.

6 Artykuł 90 tej dyrektywy, zatytułowany „Transpozycja i przepisy przejściowe”, stanowi w ust. 1:

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

Prawo belgijskie

7 Dyrektywę 2014/24 transponowała do prawa belgijskiego loi relative aux marchés publics, du 17 juin 2016 (ustawa o zamówieniach publicznych z dnia 17 czerwca 2016 r., *Moniteur belge* z dnia 14 lipca 2016 r., s. 44219), która weszła w życie w dniu 30 czerwca 2017 r., po upływie określonego w art. 90 tej dyrektywy terminu transpozycji.

Postępowania główne i pytania prejudycjalne

8 SLSP Sambre & Biesme jest spółką spółdzielczą z ograniczoną odpowiedzialnością, której głównymi udziałowcami są gminy Farciennes i Aiseau-Presles (Belgia). Podlega ona jako spółka sektora mieszkaniowych usług publicznych nadzorowi SWL, która działa z ramienia rządu walońskiego.

- 9 W 2015 r. SLSP Sambre & Biesme oraz gmina Farciennes postanowiły połączyć swoje środki w celu utworzenia w Farciennes ekologicznego osiedla składającego się z około 150 lokali mieszkalnych. W tym celu strony chciały skorzystać z usług Igreteca w celu monitorowania realizacji swojego projektu.
- 10 Igretec jest spółką spółdzielczą z ograniczoną odpowiedzialnością, która wykonuje zadania z zakresu usług publicznych i jest w związku z tym osobą prawną prawa publicznego. Prowadzi ona działalność w różnych dziedzinach. Zgodnie ze statutem przedmiot jej działalności obejmuje w szczególności zadania biura ekspertyz i zarządzania projektami.
- 11 Zasady dotyczące organizacji i funkcjonowania Igreteca określają Code de la démocratie locale et de la décentralisation (waloński kodeks demokracji lokalnej i decentralizacji), a także statut Igreteca. Na tej podstawie w skład tej spółki wchodzi wyłącznie osoby prawne prawa publicznego. W czasie gdy miały miejsce okoliczności faktyczne rozpatrywane w postępowaniu głównym, wśród udziałowców Igreteca znajdowało się ponad 70 gmin, w tym gmina Farciennes, oraz ponad 50 innych organów władz publicznych. W szczególności w ramach kapitału zakładowego Igreteca, podzielonego na udziały pięciu kategorii, liczba udziałów kategorii A przypadających na gminy wynosiła 5 054 351, a liczba udziałów kategorii C przypadających „innym członkom prawa publicznego” wynosiła 17 126.
- 12 Jeśli chodzi o funkcjonowanie Igreteca, gminy mają zawsze większość głosów oraz przewodniczą poszczególnym organom zarządzającym, a decyzje organów Igreteca zapadają tylko wtedy, gdy uzyskają – oprócz większości głosów obecnych lub reprezentowanych członków zarządu – większość głosów członków zarządu z ramienia stowarzyszonych gmin.
- 13 W dniu 29 października 2015 r. SLSP Sambre & Biesme postanowiła nabyć udział kategorii C w Igretecu, aby móc korzystać z jej usług jako wspólnik.
- 14 W dniu 23 marca 2016 r. gmina Farciennes zawarła z Igretekiem umowę o wsparcie przy zarządzaniu inwestycją i o usługi prawne, a także umowę dotyczącą studium wykonalności w zakresie architektury, stabilności, technik specjalnych, dróg, środowiska i planowania przestrzennego. W ramach tych zadań Igretec zaproponował trzy warianty zagospodarowania obejmujące projekt SLSP Sambre & Biesme i zasugerował zawarcie umowy w sprawie wspólnego zamówienia między SLSP Sambre & Biesme a gminą Farciennes.
- 15 W dniu 19 stycznia 2017 r. zarząd SLSP Sambre & Biesme wyraził zgodę, po pierwsze, na projekt umowy ramowej w sprawie wspólnych zamówień z gminą Farciennes, a po drugie, na specjalną specyfikację warunków zamówienia dotyczącą wyznaczenia biura ekspertów w celu sporządzenia inwentaryzacji i programu zarządzania problemem azbestu. Sporządzona przez Igreteca specyfikacja warunków zamówienia została opisana jako pierwszy etap realizacji projektu ekologicznego osiedla w Farciennes.
- 16 W dniu 26 stycznia 2017 r. rada gminy Farciennes postanowiła zatwierdzić tę umowę ramową z SLSP Sambre & Biesme.
- 17 Artykuł 1 rzeczonyj umowy ramowej, zatytułowany „Przedmiot”, stanowi między innymi, że gmina Farciennes i SLSP Sambre & Biesme określają w tej umowie swoje prawa i obowiązki w zakresie zaprojektowania i realizacji budowy ekologicznego osiedla w Farciennes oraz że postanawiają udzielać wspólnie zamówień publicznych na usługi, roboty budowlane i prace deweloperskie.

- 18 W tym względzie wyznaczają one gminę Farcienes do działania w charakterze instytucji zamawiającej w ich wspólnym imieniu i do samodzielnego podejmowania decyzji w sprawie przetargów i udzielania zamówień, przy czym przed podjęciem jakiejkolwiek decyzji w wykonaniu umowy ramowej i zgodnie z jej art. 2 strony porozumieją się w ramach komitetu pilotażowego złożonego z przedstawicieli każdej z nich.
- 19 Artykuł 5 tej umowy, zatytułowany „Wybór wsparcia przy zarządzaniu inwestycją w celu realizacji zamówień na usługi, roboty budowlane i zadania deweloperskie oraz projektu rewitalizacji obszarów miejskich” stanowi, iż „strony zgodnie postanawiają, że gmina Farcienes zawrze z [Igretekiem] [...] umowę w sprawie wsparcia przy zarządzaniu inwestycją oraz w sprawie świadczenia usług prawnych i środowiskowych w ramach stosunku *in house* łączącego każdą ze stron umowy ze wspomnianą spółką międzygminną”.
- 20 W dniu 9 lutego 2017 r. zarząd SLSP Sambre & Biesme podjął uchwały, po pierwsze, w sprawie zatwierdzenia zawarcia umowy ramowej w sprawie wspólnych zamówień z gminą Farcienes, a po drugie, w sprawie nieprzeprowadzania postępowania przetargowego w odniesieniu do zamówienia publicznego na usługi inwentaryzacji azbestu, dla którego zatwierdził wcześniej specyfikację warunków zamówienia, ze względu na relację *in house* SLSP Sambre & Biesme i Igreteca.
- 21 Decyzją z dnia 25 lutego 2017 r. SWL, jako organ nadzorczy, uchylił te dwie decyzje zarządu SLSP Sambre & Biesme ze względu na to, że SLSP Sambre & Biesme i Igretec nie spełniały warunku zastosowania wyjątku dotyczącego zamówienia *in house*.
- 22 Zarówno SLSP Sambre & Biesme (sprawa C-383/21), jak i gmina Farcienes (sprawa C-384/21) wniosły odpowiednio w dniach 28 kwietnia i 2 maja 2017 r. skargi o stwierdzenie nieważności tej decyzji SWL do Conseil d’État (rady stanu, Belgia). Twierdzą one, że warunki dotyczące takiego wyjątku określone w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 zostały w rozpatrywanych okolicznościach spełnione, czyli bezpośrednio udzielenie spornych zamówień publicznych było możliwe. Ponadto gmina Farcienes (sprawa C-384/21) twierdzi, że udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia postępowania przetargowego jest uzasadnione również na podstawie art. 12 ust. 4 tej dyrektywy, ponieważ między instytucjami zamawiającymi ma miejsce współpraca w rozumieniu tego ostatniego przepisu.
- 23 Zważywszy że ustawa transponująca tę dyrektywę nie weszła jeszcze w życie w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych będących przedmiotem postępowania głównego, a upłynął już termin na dokonanie transpozycji określony w art. 90 dyrektywy 2014/24, sąd odsyłający zastanawia się, po pierwsze, czy w świetle wyroku z dnia 3 października 2019 r., Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829), zawisłe przed nim spory należy rozstrzygnąć na podstawie art. 12 ust. 3 i 4 tej dyrektywy, gdy jednocześnie strony postępowań przed sądem odsyłającym pozostają w sporze w szczególności co do tego, czy mają one na celu jedynie przyznanie państwowemu członkowskim opcji wyłączenia z zakresu stosowania tej dyrektywy niektórych zamówień publicznych udzielanych pomiędzy podmiotami należącymi do sektora publicznego.
- 24 Co się zaś tyczy warunków, które muszą zostać spełnione, aby instytucja zamawiająca sprawująca wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi kontrolę nad daną osobą prawną mogła udzielić zamówienia *in house*, sąd zastanawia się nad sposobem, w jaki instytucja zamawiająca powinna uczestniczyć w organach kontrolowanego podmiotu i rzeczywiście przyczynić się do sprawowania nad nim kontroli, w szczególności w świetle wymogu, o którym mowa w art. 12

ust. 3 akapit drugi ppkt (i) tej dyrektywy. W tym względzie sąd odsyłający wskazuje, że wspólnicy kategorii C, do których należy SLSP Sambre & Biesme, stanowili bardzo małą mniejszość, co nie pozwalało im na faktyczny udział w kontroli Igreteca.

- 25 Ponadto, wskazując na przewagę gmin jako współników kategorii A w organach decyzyjnych, sąd odsyłający wyjaśnia, że bardzo mniejszościowa pozycja współników kategorii C nie pozwalała de facto na to, by mieli oni wyznaczonego przez siebie członka zarządu, który by ich reprezentował w zarządzie Igreteca, zaś statut Igreteca w wersji mającej zastosowanie do sporów w postępowaniach głównych w żaden sposób nie gwarantował obecności członka zarządu wyznaczonego przez tych współników do ich reprezentowania. Sąd odsyłający, stwierdzając, że wspomniani wspólnicy nie posiadali faktycznie żadnego przedstawiciela w zarządzie lub „stałej komisji biura ekspertyz i zarządzania projektami”, wywnioskował z tego, że wspólnicy kategorii C nie uczestniczyli w żaden sposób w sprawowaniu wspólnej kontroli nad Igretekiem.
- 26 Jednakże sąd odsyłający wskazuje, że skarżące w postępowaniach głównych podnoszą, iż w zarządzie Igreteca zasiadał radny gminy Farciennes, który jednocześnie był członkiem zarządu SLSP Sambre & Biesme, przy czym gmina Farciennes była współnikiem zarówno Igreteca, jak i SLSP Sambre & Biesme.
- 27 Sąd odsyłający wyjaśnia jednak, że nie zostało wykazane, iż taka okoliczność była prawnie przewidziana i gwarantowana. Ponadto osoba ta zasiadała w zarządzie Igreteca jako radny gminy Farciennes i nie można uznać, że z tego tytułu uznawano również, iż reprezentuje jednocześnie interesy SLSP Sambre & Biesme.
- 28 Niemniej jednak, mając na względzie ocenę in concreto podnoszoną przez skarżące przed sądem odsyłającym w celu ustalenia, czy instytucja zamawiająca sprawuje nad podmiotem, któremu udzielono zamówienia, kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, sąd odsyłający zastanawia się, czy sytuacja taka jak przedstawiona w pkt 26 i 27 niniejszego wyroku pozwala stwierdzić, co utrzymują skarżące, że SLSP Sambre & Biesme uczestniczyła w organach decyzyjnych Igreteca i sprawowała nad tą spółką międzygminną taką właśnie kontrolę, wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, za pośrednictwem gminy Farciennes.
- 29 Sąd odsyłający wyjaśnia, po pierwsze, że chociaż skarżące w postępowaniach głównych podnoszą, iż gmina Farciennes jest współnikiem zarówno SLSP Sambre & Biesme, jak i Igreteca, i sprawuje nad tymi dwoma podmiotami kontrolę podobną do sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, nie zamierzają one powoływać się na możliwość bezpośredniego udzielenia zamówienia publicznego pomiędzy dwoma podmiotami kontrolowanymi przez tę samą instytucję zamawiającą. Po drugie, sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do tego, czy w każdym wypadku zostały spełnione warunki wyłączenia takiego zamówienia z zakresu stosowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, ponieważ gmina Farciennes sprawuje kontrolę wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi.
- 30 Wreszcie sąd odsyłający zastanawia się również nad możliwością udzielenia zamówienia publicznego bez przetargu na podstawie art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24, skoro gmina Farciennes powołuje się pomocniczo na istnienie współpracy między instytucjami zamawiającymi w rozumieniu tego przepisu.

- 31 W tym względzie sąd odsyłający ma wątpliwości co do tego, czy pojęcie „współpracy”, o którym mowa w tym przepisie, może obejmować okoliczności takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym tylko dlatego, że zadania polegające na wsparciu przy zarządzaniu inwestycją, usługach prawnych i środowiskowych powierzone Igretecowi mieszczą się w ramach współpracy SLSP Sambre & Biesme z gminą Farcienes nawiązanej w celu realizacji wspólnego projektu budowy osiedla ekologicznego w Farcienes, że w każdym razie tę gminę i Igreteca łączy relacja *in house* oraz że wspomniana gmina oraz SLSP Sambre & Biesme są członkami Igreteca w sektorze działalności należącym do przedmiotu działalności tej ostatniej spółki, którego akurat dotyczą zadania, jakie zamierzają jej zlecić.
- 32 W tych okolicznościach Conseil d'État (rada stanu) postanowiła zawiesić toczące się przed nią postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

W sprawie C-383/21:

- „1) Czy art. [12 ust. 3] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?
- 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy art. [12 ust. 3] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że warunek, aby instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółki międzygminnej, jest spełniony z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółki międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółki międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?
- 3) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy należy uznać, że instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, »uczestniczy« w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółki międzygminnej, z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółki międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółki międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?”

W sprawie C-384/21:

- „1) Czy art. [12 ust. 3] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?
- 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy art. [12 ust. 3] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że warunek, aby instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółki międzygminnej, jest spełniony z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółki międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej,

w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółki międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?

- 3) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy należy uznać, że instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, »uczestniczy« w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółki międzygminnej, z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółki międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółki międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?
 - 4) Czy art. [12 ust. 4] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?
 - 5) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [czwarte]: czy art. [12 ust. 4] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na powierzenie, bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przetargowego, zadań związanych ze wsparciem przy zarządzaniu inwestycją oraz świadczeniem usług prawnych i środowiskowych instytucji zamawiającej, w tym przypadku spółce międzygminnej, jeżeli zadania te wpisują się w ramy współpracy między dwiema innymi instytucjami zamawiającymi, w tym przypadku gminą i spółką mieszkaniową użyteczności publicznej, jeżeli bezsporne jest, że gmina sprawuje kontrolę typu »wspólny *in house*« nad spółką międzygminną i jeżeli gmina oraz spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej są członkami spółki międzygminnej w sektorze »biuro ekspertyz i zarządzanie projektami oraz centralne biuro zakupów« w ramach przedmiotu działalności [tej spółki międzygminnej] dotyczącego konkretnie zadań, jakie chcą jej powierzyć, które to zadania odpowiadają działalności prowadzonej na rynku przez biura ekspertyz i zarządzania projektami specjalizujące się w opracowywaniu, realizacji i wdrażaniu projektów?».
- 33 Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 27 sierpnia 2021 r. sprawy C-383/21 oraz C-384/21 zostały połączone w celu łącznego rozpoznania w ramach pisemnego i ustnego etapu postępowania oraz wydania wyroku.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań: pierwszego w sprawie C-383/21 oraz pierwszego i czwartego w sprawie C-384/21

- 34 Poprzez pytanie pierwsze w sprawie C-383/21 oraz pytania pierwsze i czwarte w sprawie C-384/21 sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że wywołuje on bezpośrednie skutki w sporach między osobami prawnymi prawa publicznego w przedmiocie bezpośredniego udzielania zamówień publicznych, gdy dane państwo członkowskie nie dokonało transpozycji tej dyrektywy do krajowego porządku prawnego w wyznaczonym terminie.

- 35 Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że we wszystkich wypadkach, gdy przepisy dyrektywy są z punktu widzenia swojej treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostki mogą powoływać się na nie przed sądami krajowymi przeciwko danemu państwu członkowskiemu, jeśli państwo to nie transponowało dyrektywy do prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub jeśli dokonało niewłaściwej transpozycji (wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., *RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, C-387/19, EU:C:2021:13, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 36 Na mocy art. 288 akapit trzeci TFUE prawnie wiążący charakter dyrektywy, na którym opiera się możliwość powołania się na nią, istnieje wyłącznie w stosunku do „każdego państwa członkowskiego, do którego jest ona skierowana”. Z powyższego wynika zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, że dyrektywa nie może sama z siebie tworzyć obowiązków po stronie jednostki, a zatem nie można się na nią powoływać wobec takiej osoby przed sądem krajowym (wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 37 Należy jednak przypomnieć, że gdy jednostki mogą powoływać się na taką dyrektywę względem nie jednostki, ale państwa członkowskiego, mogą to czynić niezależnie od charakteru, w jakim to państwo występuje. Należy bowiem unikać sytuacji, w której państwo członkowskie mogłoby odnieść korzyść z naruszenia prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 7 lipca 2016 r., *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Jednostki mogą powoływać się na bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne przepisy dyrektywy nie tylko wobec państwa członkowskiego i wszystkich organów jego administracji, ale także wobec instytucji lub podmiotów, nawet prywatnych, które podlegają zwierzchnictwu lub kontroli władzy publicznej lub którym państwo członkowskie powierzyło wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym i które dysponują w tym celu uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami (wyrok z dnia 30 kwietnia 2020 r., *Blue Air – Airline Management Solutions*, C-584/18, EU:C:2020:324, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 39 Skoro więc ciężący na państwie członkowskim obowiązek podjęcia wszelkich środków niezbędnych do osiągnięcia celu wyznaczonego w dyrektywie jest prawnie wiążącym obowiązkiem nałożonym przez art. 288 akapit trzeci TFUE oraz samą tę dyrektywę, którego przestrzeganie spoczywa na wszystkich podmiotach wymienionych w poprzednim punkcie, spory między tymi podmiotami są sporami z udziałem stron zobowiązanych do stosowania rozpatrywanej dyrektywy i, co z tego wynika, wobec których można powołać się na bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne przepisy tej dyrektywy. Wynika z tego, że na omawiane przepisy tej dyrektywy można się powołać w ramach takich sporów, bez względu na to, czy chodzi o zapewnienie przestrzegania przez te podmioty ciężących na nich obowiązków, czy też o skorzystanie z przyznanych im przez nie praw (zob. podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 34, 35, 38).
- 40 W niniejszej sprawie, jak wynika z wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, stronami postępowań głównych są osoby prawne prawa publicznego, które są zobowiązane do przestrzegania dyrektywy 2014/24. Stąd w sporach tych, pomimo braku transpozycji omawianej dyrektywy do krajowego porządku prawnego w przewidzianym terminie, instytucje zamawiające takie jak SLSP Sambre & Biesme i gmina Farciennes mogą powoływać się na przepisy tej dyrektywy, o ile przepisy te są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne.

- 41 W tym względzie Trybunał wyjaśnił już, że przepis prawa Unii jest, po pierwsze, bezwarunkowy, jeżeli ustanawia zobowiązanie niepoddane żadnym warunkom i niezależnione, w zakresie jego wykonania lub skutków, od wydania przez instytucje Unii Europejskiej lub państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu, oraz po drugie, wystarczająco precyzyjny, by podmioty prawa mogły się na niego powoływać, a sądy mogły go stosować, jeżeli formułuje zobowiązanie w sposób niedwuznaczny (wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., *RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, C-387/19, EU:C:2021:13, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo). Tak właśnie jest zaś w przypadku art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24.
- 42 Co się bowiem tyczy, w pierwszej kolejności, bezwarunkowego charakteru tych przepisów, należy zauważyć na wstępie, że – jak wskazano w pkt 23 niniejszego wyroku – sąd odsyłający zastanawia się w świetle wyroku z dnia 3 października 2019 r., *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829) nad zakresem tych przepisów, podczas gdy strony w postępowaniu głównym spierają się w szczególności co do tego, czy owe przepisy mają na celu jedynie przyznanie państwom członkowskim opcji wyłączenia z zakresu stosowania tej dyrektywy niektórych zamówień publicznych udzielanych pomiędzy podmiotami należącymi do sektora publicznego. W takim wypadku instytucje zamawiające nie mogłyby bowiem powoływać się na takie wyłączenia, gdyby państwo nie skorzystało z takiej opcji w braku transpozycji tej dyrektywy.
- 43 W tym względzie należy zauważyć, że art. 12 dyrektywy 2014/24, zgodnie z tytułem sekcji, do której należy, stanowi zasadniczo, że zamówienia publiczne udzielane pomiędzy podmiotami sektora publicznego spełniającymi określone w nim kryteria są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy, a zatem instytucja zamawiająca musi spełnić te kryteria, jeśli zamierza udzielić takiego zamówienia publicznego bezpośrednio. W szczególności, art. 12 ust. 3 i 4 dotyczy, po pierwsze, zamówień publicznych udzielanych przez instytucję zamawiającą osobie prawnej, nad którą sprawuje ona wraz z innymi instytucjami zamawiającymi kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, a po drugie, zamówień publicznych udzielanych wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi dla ustanowienia lub wdrożenia między nimi współpracy w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać w związku z realizacją celów, które im wspólnie przyświecają.
- 44 Dyrektywa 2014/24 ujednoliciła i doprecyzowała w art. 12 orzecznictwo wypracowane przez Trybunał w dziedzinie bezpośredniego udzielania zamówień, co wyraźnie pokazuje, że ustawodawca Unii zamierzał powiązać ów system bezpośredniego udzielania zamówień z tą dyrektywą (zob. podobnie wyrok z dnia 8 maja 2019 r., *Rhenus Veniro*, C-253/18, EU:C:2019:386, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 45 W ten sposób, jak stwierdził Trybunał, art. 12 wspomnianej dyrektywy nie pozbawił zatem państw członkowskich swobody w zakresie preferencyjnego traktowania określonego sposobu świadczenia usług, wykonania robót budowlanych lub dostaw, na niekorzyść pozostałych. Swoboda ta wiąże się bowiem z dokonaniem wyboru na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia, który w związku z tym nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2019 r., *Irgita*, C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 44; postanowienia: z dnia 6 lutego 2020 r., *Pia Opera Croce Verde Padova*, C-11/19, EU:C:2020:88, pkt 41, 47; a także z dnia 6 lutego 2020 r., *Rieco*, od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 33, 39, 40).
- 46 Ponadto motyw 5 i motyw 31 akapit drugi dyrektywy 2014/24 wyrażają wolę prawodawcy Unii, aby przyznać państwom członkowskim swobodę w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, poprzez który instytucje zamawiające mogą zaspokoić swoje potrzeby (zob. podobnie wyrok

z dnia 3 października 2019 r., Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 45; postanowienia: z dnia 6 lutego 2020 r., Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, pkt 42, 47; a także z dnia 6 lutego 2020 r., Rieco, od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 34, 39, 40).

- 47 Po pierwsze, motyw 5 tej dyrektywy stanowi bowiem, że żaden jej przepis 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 tej dyrektywy. Po drugie, w motywie 31 akapit drugi wskazano, że o ile sama tylko okoliczność, iż obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako taka zastosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, o tyle zastosowanie tych przepisów nie powinno zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.
- 48 Trybunał wywnioskował z tego, że podobnie jak dyrektywa 2014/24 nie zobowiązuje państw członkowskich do wymagania od instytucji zamawiających przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może ona zobowiązywać ich do działań, o których mowa w art. 12 tej dyrektywy, jeżeli spełnione są warunki przewidziane w tym artykule (zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2019 r., Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 46; postanowienia: z dnia 6 lutego 2020 r., Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, pkt 43, 47; a także z dnia 6 lutego 2020 r., Rieco, od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 35, 39, 40).
- 49 Z powyższego wynika, że wprawdzie państwa członkowskie zachowują swobodę w określaniu w przepisach krajowych warunków korzystania przez jednostki sektora publicznego z zamówień publicznych, takich jak te, o których mowa w art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24, jednak, jeżeli zgodnie z prawem krajowym instytucje zamawiające mogą skorzystać z jednego z przewidzianych w tych przepisach wyłączeń z zakresu stosowania tej dyrektywy, zamówienia publiczne spełniające wymienione w niej warunki mogą być udzielane bezpośrednio, a przy tym nie jest konieczne, aby państwo członkowskie skorzystało w tym celu z danej opcji. W konsekwencji w zakresie, w jakim przepisy tego artykułu ustanawiają względem tych instytucji zamawiających wymogi wyłączenia stosowania zasad ustanowionych w tej dyrektywie niezależnie – co do ich wypełnienia lub skutku – od wydania żadnego aktu, są one bezwarunkowe w rozumieniu orzecznictwa przywołanego w pkt 41 niniejszego wyroku.
- 50 Co się tyczy, w drugiej kolejności, wystarczająco precyzyjnego charakteru tych przepisów, wystarczy zauważyć, że – jak przypomniano w pkt 44 niniejszego wyroku – art. 12 dyrektywy 2014/24 kodyfikuje i precyzuje orzecznictwo wypracowane przez Trybunał w dziedzinie bezpośredniego udzielania zamówień, określając w sposób jednoznaczny, w szczególności w ust. 3 i 4, wymogi, które powinno spełniać wdrażanie tego systemu bezpośredniego udzielania zamówień przez instytucje zamawiające, aby, jak wynika to z motywu 31 tej dyrektywy, zaradzić rozbieżnościom interpretacyjnym, które miały miejsce w odniesieniu do tego orzecznictwa.
- 51 Należy zatem stwierdzić, że art. 12 ust. 3 i 4 wspomnianej dyrektywy ma bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny charakter wymagany do tego, by miał on bezpośrednią skuteczność w sporach, które, tak jak spory w postępowaniu głównym, toczą między sobą osoby prawne prawa publicznego.

52 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytanie pierwsze w sprawie C-383/21 oraz na pytania pierwsze i czwarte w sprawie C-384/21 powinna brzmieć następująco: art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że wywołuje on bezpośrednie skutki w sporach między osobami prawnymi prawa publicznego w przedmiocie bezpośredniego udzielenia zamówień publicznych, gdy dane państwo członkowskie nie dokonało transpozycji tej dyrektywy do krajowego porządku prawnego w wyznaczonym terminie.

W przedmiocie pytania drugiego w sprawach C-383/21 i C-384/21

53 Poprzez pytanie drugie w sprawach C-383/21 i C-384/21 sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że do celów wykazania, iż instytucja zamawiająca wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi sprawuje nad osobą prawną, której udzielono zamówienia, kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, określony w tym przepisie wymóg, aby instytucja zamawiająca była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, jest spełniony przez sam fakt, że w zarządzie tej osoby prawnej zasiada przedstawiciel innej instytucji zamawiającej, który wchodzi jednocześnie w skład zarządu tej pierwszej instytucji zamawiającej.

54 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem do celów dokonywania wykładni przepisu prawa Unii należy uwzględniać nie tylko jego brzmienie, lecz także jego kontekst oraz cele regulacji, której część on stanowi. Geneza przepisu prawa Unii również może dostarczyć informacji istotnych dla jego wykładni (wyrok z dnia 9 czerwca 2022 r., IMPERIAL TOBACCO BULGARIA, C-55/21, EU:C:2022:459, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

55 W pierwszej kolejności, co się tyczy brzmienia art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) dyrektywy 2014/24, należy zauważyć, że przepis ten dotyczy jednego z kryteriów, które muszą zostać spełnione, aby wykazać na podstawie art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. a) tej dyrektywy, że instytucja zamawiająca wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami organizacyjnymi.

56 W niniejszym przypadku art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) tej dyrektywy stanowi, że w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej powinni wchodzić przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających, przy czym poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające.

57 Z brzmienia tego przepisu wynika zatem, że wymaga on, aby instytucja zamawiająca sprawująca wspólnie kontrolę nad osobą prawną posiadała członka działającego w charakterze przedstawiciela tej instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych tej osoby prawnej, przy czym członek ten może w odpowiednim wypadku reprezentować również inne instytucje zamawiające.

58 Wykładnię tę potwierdza w drugiej kolejności kontekst tego przepisu.

59 Po pierwsze, należy bowiem zauważyć, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 dotyczący sytuacji, w której jedna instytucja zamawiająca sprawuje nad osobą prawną, której udzielono zamówienia publicznego, kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, stanowi w akapicie drugim, że kontrola ta może być również sprawowana przez inną osobę prawną, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.

- 60 Ponadto art. 12 ust. 2 stanowi w szczególności, że ust. 1 tego artykułu może mieć zastosowanie również w przypadku, gdy kontrolowana osoba prawna, która sama jest instytucją zamawiającą, udziela zamówienia instytucji zamawiającej, która sprawuje nad nią kontrolę, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tę instytucję zamawiającą.
- 61 Natomiast art. 12 ust. 3 tej dyrektywy stanowi, że instytucja zamawiająca, która nie sprawuje kontroli nad osobą prawną w rozumieniu art. 12 ust. 1, może jednak udzielić zamówienia publicznego tej osobie prawnej, nie stosując wspomnianej dyrektywy, jeżeli ta instytucja zamawiająca sprawuje wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi kontrolę nad daną osobą prawną. Należy jednak podkreślić, że w odróżnieniu od ust. 1 i 2 tego artykułu przepis ten nie przewiduje możliwości, by warunki dotyczące kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą nad wybraną osobą prawną mogły zostać spełnione w sposób pośredni.
- 62 W szczególności w wymogu reprezentacji, o którym mowa w art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) dyrektywy 2014/24, chodzi o to, by udział instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych osoby prawnej kontrolowanej wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi miał miejsce za pośrednictwem przedstawiciela samej instytucji zamawiającej. Wymóg ten nie może zatem zostać spełniony za pośrednictwem członka tych organów, który zasiada tam wyłącznie jako przedstawiciel innej instytucji zamawiającej.
- 63 Po drugie, art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (ii) tej dyrektywy stanowi, że w celu ustalenia, czy instytucje zamawiające sprawują wspólnie kontrolę nad osobą prawną w rozumieniu art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. a) tej dyrektywy, instytucje zamawiające muszą być w stanie wywierać wspólnie decydujący wpływ na cele strategiczne danej osoby prawnej oraz na istotne decyzje, jakie może ona podejmować.
- 64 Z uwagi na zakres warunku ustanowionego w art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (ii) dyrektywy 2014/24, który dotyczy ustalenia treści tych celów i decyzji, należy zatem rozumieć, że kryterium zawarte w art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) tej dyrektywy ma na celu ustanowienie odrębnego wymogu dotyczącego formalnych warunków udziału tych instytucji zamawiających w organach decyzyjnych danej osoby prawnej.
- 65 Stwierdzenia te znajdują potwierdzenie w genezie art. 12 ust. 3 akapit drugi omawianej dyrektywy.
- 66 Jak wynika z motywu 31 tej dyrektywy, prawodawca Unii, zwracając uwagę na to, że istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych, a zatem na potrzebę objaśnienia tej kwestii, uznał, że takie objaśnienia powinny opierać się na zasadach określonych w odpowiednim orzecznictwie Trybunału, a zatem nie zamierzał podważać tego orzecznictwa (zob. podobnie wyrok z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 66).
- 67 W tym względzie z orzecznictwa tego wynika, że kwestię, czy instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, ocenia się w świetle wszystkich przepisów prawnych i istotnych okoliczności. W związku z tym elementy, które należy uwzględnić, obejmują nie tylko okoliczności faktyczne, lecz również mające zastosowanie przepisy, a także, w szczególności, mechanizmy kontroli przewidziane w statucie tej osoby prawnej (zob. podobnie wyrok z dnia 10 września 2009 r., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 65, 66 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 68 W ramach uściślenia orzecznictwa Trybunału w odniesieniu do warunków, zgodnie z którymi zamówienia udzielane między podmiotami sektora publicznego nie są objęte przepisami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych, prawodawca Unii zmierzał do wzmocnienia wymogu dotyczącego omawianego warunku reprezentacji.
- 69 Należy bowiem zauważyć, że przed przyjęciem dyrektywy 2014/24 fakt, iż organy decyzyjne danej osoby prawnej składały się z przedstawicieli instytucji zamawiających sprawujących nad nią wspólnie kontrolę był jednym z elementów, które były brane pod uwagę w celu wykazania, że dana instytucja zamawiająca może wywierać decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej osoby (zob. w szczególności wyroki: z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, pkt 28, 29, 33, 34 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 10 września 2009 r., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 65, 66, 86 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 70 Tymczasem poprzez umieszczenie ich w oddzielnych przepisach, a mianowicie w art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) i (ii) wspomnianej dyrektywy, prawodawca Unii chciał sprawić, żeby warunki dotyczące reprezentacji instytucji zamawiających sprawujących wspólnie kontrolę nad osobą prawną, której udzielono zamówienia, stały się wymogiem niezależnym od wymogu dotyczącego możliwości wywierania takiego decydującego wpływu.
- 71 W trzeciej kolejności wykładni, zgodnie z którą przepis ten wymaga, aby udział instytucji zamawiającej sprawującej taką wspólną kontrolę w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej miał miejsce za pośrednictwem członka działającego w charakterze przedstawiciela samej instytucji zamawiającej, przy czym członek ten może w danym wypadku reprezentować również inne instytucje zamawiające, znajduje potwierdzenie w celu realizowanym przez przepisy art. 12 ust. 3 wspomnianej dyrektywy.
- 72 Jak bowiem przypomniano w pkt 46 i 48 niniejszego wyroku, wyłączenie z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24 zamówień publicznych spełniających kryteria, o których mowa w szczególności w jej art. 12 ust. 3, wynika z uznania, jak wskazują motyw 5 i motyw 31 akapit drugi tej dyrektywy, swobody wprowadzenia przez państwa członkowskie możliwości, by władze publiczne świadczyły określone usługi samodzielnie i wykonywały powierzone im zadania z zakresu usług publicznych przy wykorzystaniu własnych środków.
- 73 Nie można zaś uznać, że instytucja zamawiająca wykorzystuje własne zasoby i działa samodzielnie, jeżeli nie jest w stanie działać w organach decyzyjnych osoby prawnej, której udziela się zamówienia publicznego, za pośrednictwem przedstawiciela działającego w imieniu samej tej instytucji zamawiającej oraz, w danym wypadku, w imieniu innych instytucji zamawiających, i że w konsekwencji wyrażenie jej własnych interesów w ramach tych organów decyzyjnych jest uzależnione od tego, czy interesy te pokrywają się z interesami innych instytucji zamawiających realizowanych za pośrednictwem ich własnych przedstawicieli w tych organach.
- 74 W niniejszej sprawie, z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, z informacji przedstawionych Trybunałowi wynika, że wymóg, o którym mowa w art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) wspomnianej dyrektywy, by udział instytucji zamawiającej sprawującej wspólnie kontrolę nad osobą prawną w jej organach decyzyjnych miał miejsce za pośrednictwem członka działającego w charakterze przedstawiciela samej tej instytucji zamawiającej, który to członek może w danym wypadku reprezentować również inne instytucje zamawiające, nie jest spełniony w okolicznościach niniejszej sprawy. Po pierwsze bowiem, wspólnicy kategorii C, do której należy SLSP Sambre & Biesme, nie posiadali w szczególności żadnego przedstawiciela w zarządzie

Igreteca, a po drugie, chociaż dany radny zasiadał również w zarządzie SLSP Sambre & Biesme, to jednak w zarządzie Igreteca zasiadał on wyłącznie jako przedstawiciel gminy Farciennes, czyli wspólnik kategorii A.

- 75 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytanie drugie w sprawach C-383/21 i C-384/21 powinna brzmieć następująco: art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że do celów wykazania, iż instytucja zamawiająca wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi sprawuje nad osobą prawną, której udzielono zamówienia, kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, określony w tym przepisie wymóg, aby instytucja zamawiająca była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, nie jest spełniony przez sam fakt, że w zarządzie tej osoby prawnej zasiada przedstawiciel innej instytucji zamawiającej, który wchodzi jednocześnie w skład zarządu tej pierwszej instytucji zamawiającej.

W przedmiocie pytania trzeciego w sprawach C-383/21 i C-384/21

- 76 Z uwagi na odpowiedź udzieloną na pytanie pierwsze w sprawach C-383/21 i C-384/21 nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie w tych sprawach.

W przedmiocie pytania piątego w sprawie C-384/21

- 77 Poprzez pytanie piąte w sprawie C-384/21 sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że z zakresu stosowania tej dyrektywy wyłączone jest zamówienie publiczne powierzające instytucji zamawiającej zadania z zakresu usług publicznych, które wpisują się w ramy współpracy między innymi instytucjami zamawiającymi.
- 78 Na wstępie należy zauważyć, że art. 12 ust. 1–4 tej dyrektywy dotyczy odrębnych przypadków wyłączenia spod reguł udzielania zamówień publicznych, przy czym każdy z tych przypadków podlega swoim własnym warunkom.
- 79 Zgodnie z art. 12 ust. 4 lit. a) umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta wyłącznie pomiędzy co najmniej dwiema instytucjami zamawiającymi nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2014/24, jeżeli ustanawia ona lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać w związku z realizacją celów, które im wspólnie przyświecają. Ponadto zgodnie z lit. b) i c) tego ustępu istnieje wymóg, by realizacją tej współpracy powodowały jedynie względy związane z interesem publicznym i by uczestniczące instytucje zamawiające prowadziły na rynku konkurencyjnym mniej niż 20% działalności objętej współpracą.
- 80 Wynika z tego, że okoliczności takie jak fakt istnienia relacji *in house* między niektórymi instytucjami zamawiającymi lub to, że instytucje zamawiające udzielające danego zamówienia publicznego są wspólnikami instytucji zamawiającej, której poprzez dane zamówienie publiczne zlecono określone zadania, nie mogą same w sobie być brane pod uwagę przy ocenie, czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 obejmuje sytuację, w której realizacja zadań przez instytucję zamawiającą mieści się w ramach współpracy między innymi instytucjami zamawiającymi.

- 81 Należy natomiast zauważyć, że brzmienie tego przepisu nadaje pojęciu „współpracy” decydującą rolę w określonym w nim mechanizmie wyłączenia. W tym względzie wymóg skutecznej współpracy wynika również z uściślenia zawartego w motywie 33 akapit trzeciej tej dyrektywy, zgodnie z którym współpraca powinna „opierać się na koncepcji współdziałania”. Takie sformułowanie o pozornie tautologicznym charakterze powinno być interpretowane jako odnoszące się do wymogu skutecznej współpracy, która została ustanowiona lub wdrożona (zob. podobnie wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, pkt 26, 28).
- 82 A zatem dane zamówienie publiczne powinno stanowić wynik zabiegów na rzecz współpracy podejmowanych przez uczestniczące w niej instytucje zamawiające. Ustanowienie współpracy między podmiotami należącymi do sektora publicznego obejmuje bowiem wymiar, który z samej swej natury jest nastawiony na współdziałanie, a którego brak jest w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia objętego zasadami przewidzianymi w dyrektywie (zob. podobnie wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, pkt 32).
- 83 Jak podkreślił rzecznik generalny w pkt 60 opinii, takie współdziałanie wymaga, by współpraca ta – aby mogła być ona objęta zakresem art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 – była ukierunkowana na osiągnięcie wspólnych dla wszystkich stron celów.
- 84 Zaś takiego wspólnego dla wszystkich instytucji zamawiających celu brak, jeżeli poprzez realizację swoich zadań w ramach danego zamówienia publicznego jedna z instytucji zamawiających nie dąży do osiągnięcia celów wspólnych zarówno dla niej, jak i dla innych instytucji zamawiających, lecz przyczynia się jedynie do realizacji celów, które są wspólne tylko dla tych innych instytucji zamawiających.
- 85 W takich okolicznościach dane zamówienie publiczne ma na celu wyłącznie nabycie świadczenia w zamian za zapłatę wynagrodzenia, tak że nie jest ono objęte wyłączeniem określonym w art. 12 ust. 4 tej dyrektywy (zob. podobnie wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, pkt 36–38).
- 86 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, z informacji przedstawionych Trybunałowi wynika, że w okolicznościach rozpatrywanych w postępowaniu głównym udział Igreteca w zamówieniu publicznym mającym na celu realizację projektu ekologicznego osiedla w Farcienes nie wchodzi w zakres tego wyłączenia. Jak bowiem zauważył rzecznik generalny w pkt 69 i 71 opinii, choć Igretec wykonuje zadania w ramach współpracy SLSP Sambre & Biesme z gminą Farcienes wspierające realizację ich wspólnego projektu utworzenia ekologicznego osiedla w Farcienes, to wykonywanie tych zadań nie stanowi samo w sobie celu realizowanego przez Igretec.
- 87 W świetle powyższych rozważań na pytanie piąte w sprawie C-384/21 należy odpowiedzieć, że art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, iż z zakresu stosowania tej dyrektywy nie jest wyłączone zamówienie publiczne powierzające instytucji zamawiającej zadania z zakresu usług publicznych, które wpisują się w ramy współpracy między innymi instytucjami zamawiającymi, jeżeli poprzez wykonywanie takich zadań instytucja zamawiająca, której zadania te zostały zlecone, nie dąży do osiągnięcia celów wspólnych zarówno dla niej, jak i dla tych innych instytucji zamawiających, lecz przyczynia się jedynie do realizacji celów, które są wspólne tylko dla tych innych instytucji zamawiających.

W przedmiocie kosztów

- 88 Dla stron w postępowaniach głównych 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 postępowaniach głównych, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) Artykuł 12 ust. 3 i 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE

należy interpretować w ten sposób, że:

wywołuje on bezpośrednie skutki w sporach między osobami prawnymi prawa publicznego w przedmiocie bezpośredniego udzielania zamówień publicznych, gdy dane państwo członkowskie nie dokonało transpozycji tej dyrektywy do krajowego porządku prawnego w wyznaczonym terminie.

- 2) Artykuł 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) dyrektywy 2014/24

należy interpretować w ten sposób, że:

do celów wykazania, iż instytucja zamawiająca wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi sprawuje nad osobą prawną, której udzielono zamówienia, kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, określony w tym przepisie wymóg, aby instytucja zamawiająca była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, nie jest spełniony przez sam fakt, że w zarządzie tej osoby prawnej zasiada przedstawiciel innej instytucji zamawiającej, który wchodzi jednocześnie w skład zarządu tej pierwszej instytucji zamawiającej.

- 3) Artykuł 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24

należy interpretować w ten sposób, że:

z zakresu stosowania tej dyrektywy nie jest wyłączone zamówienie publiczne powierzające instytucji zamawiającej zadania z zakresu usług publicznych, które wpisują się w ramy współpracy między innymi instytucjami zamawiającymi, jeżeli poprzez wykonywanie takich zadań instytucja zamawiająca, której zadania te zostały zlecone, nie dąży do osiągnięcia celów wspólnych zarówno dla niej, jak i dla tych innych instytucji zamawiających, lecz przyczynia się jedynie do realizacji celów, które są wspólne tylko dla tych innych instytucji zamawiających.

Podpisy