

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 13 listopada 2008 r.(*)

Zamówienia publiczne – Procedury udzielania zamówień – Koncesje na świadczenie usług publicznych – Koncesja na prowadzenie gminnej sieci telewizji kablowej – Udzielenie przez gminę zamówienia publicznego spółdzielni międzygminnej – Wymóg przejrzystości – Przesłanki – Sprawowanie przez instytucję zamawiającą kontroli nad koncesjonariuszem o analogicznym charakterze do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami

W sprawie C-324/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, na podstawie art. 234 WE, złożony przez Conseil d'État (Belgia) postanowieniem z dnia 3 lipca 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 12 lipca 2007 r., w postępowaniu:

Coditel Brabant SA

przeciwko

Commune d'Uccle,

Région de Bruxelles-Capitale,

przy udziale:

Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé),

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), J. Klučka i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: V. Trstenjak,

sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 9 kwietnia 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Coditel Brabant SA przez F. Tulkensa oraz V. Osta, adwokatów,
- w imieniu gminy Uccle przez P. Coenraetsa, adwokata,
- w imieniu Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) przez N. Fortempsa oraz J. Bourtembourg, adwokatów,
- w imieniu rządu belgijskiego przez J. C. Halleuxa, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez B. Staelensa, adwokata,

- w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lumme oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez C. Wisselsa oraz Y. de Vriesa, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez B. Stromsky'ego oraz D. Kukovca, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 4 czerwca 2008 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE i 49 WE, zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikającego z nich wymogu przejrzystości.
- 2 Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy z jednej strony Coditel Brabant SA (zwanym dalej „Coditel”), a gminą Uccle, regionem Bruxelles-Capitale oraz Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) (zwaną dalej „Brutélé”), w zakresie przyznania przez gminę Uccle zarządu jej gminną siecią telewizji kablowej na rzecz międzygminnej spółdzielni.

Ramy prawne

Ustawodawstwo krajowe

- 3 Artykuł 1 loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales (ustawy z dnia 22 grudnia 1986 r. dotyczącej związków międzygminnych, Moniteur belge z dnia 26 czerwca 1987 r., s. 9909, zwanej dalej „ustawą o związkach międzygminnych”) stanowi:

„Kilka gmin może, w okolicznościach wskazanych w niniejszej ustawie, tworzyć związki mające na celu wskazany interes gminny. Związki te są dalej zwane związkami międzygminnymi.”
- 4 Artykuł 3 tej ustawy stanowi:

„Związki międzygminne są osobami prawnymi prawa publicznego. Niezależnie od celu i postaci prawnej nie mają one charakteru komercyjnych.”
- 5 Artykuł 10 rzeczonyj ustawy stanowi:

„Organami związku międzygminnego są walne zgromadzenie, zarząd i kolegium rewidentów.”
- 6 W świetle art. 11 tejże ustawy:

„Niezależnie od proporcji aportów wniesionych przez poszczególne strony na kapitał zakładowy, gminy posiadają zawsze większość głosów oraz przewodnictwo w organach zarządczych i nadzorczych związków międzygminnych.”

7 Artykuł 12 ustawy o związkach międzygminnych stanowi:

„Reprezentanci gmin występujący na walnym zgromadzeniu są wyznaczani przez radę każdej z gmin spośród radnych, burmistrza i ławników gminy.

Każda gmina posiada na walnym zgromadzeniu prawo głosu odpowiadające liczbie udziałów, którymi dysponuje.”

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

8 Od roku 1969 do 1999, gmina Uccle pozwoliła Coditelowi na instalowanie sieci telewizji kablowej na swym obszarze i zarządzanie nią. W dniu 28 października 1999 r. rzeczona gmina postanowiła o odkupieniu tej sieci ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2000 r.

9 W tym celu gmina Uccle również decyzją z dnia 28 października 1999 r. ogłosiła przetarg celem przyznania przyszłemu koncesjonariuszowi zarządzania tą siecią. Cztery spółki, w tym Coditel, zgłosiły się przetargu.

10 W dniu 25 maja 2000 r. gmina Uccle postanowiła zrezygnować z zarządzania swą siecią telewizji kablowej i poczynić kroki w celu jej sprzedaży.

11 Zaproszenie do przedstawiania zgłoszeń oferentów zostało opublikowane w Bulletin des adjudications (biuletynie zamówień publicznych) w dniu 15 września 2000 r. Pięć spółek, w tym Coditel, przedstawiło oferty zakupu. Ponadto spółdzielnia międzygminna Brutélé przedstawiła gminie Uccle propozycję uzyskania statusu członka stowarzyszonego przez przystąpienie, a nie ofertę zakupu.

12 Gmina Uccle, uznając że cztery z pięciu ofert były niedopuszczalne i że jedyna dopuszczalna oferta, którą była oferta Coditelu, była zbyt niska, postanowiła w dniu 23 listopada 2000 r. zrezygnować ze sprzedaży gminnej sieci telewizji kablowej.

13 Decyzją również z dnia 23 listopada 2000 r. gmina Uccle postanowiła o przystąpieniu do Brutélé przekazując tej ostatniej zarząd jej siecią telewizji kablowej.

14 Uzasadnienie tej decyzji zawiera w szczególności następujące stwierdzenia:

„Uwzględniając, że Brutélé proponuje gminie Uccle, w razie przystąpienia, ustanowienie dla niej podsektora zarządzania dysponującego autonomią decyzyjną;

Zważywszy, że autonomia ta obejmuje w szczególności:

- wybór rozpowszechnianych programów;
- wysokość abonamentów i opłat za przyłączenie;
- politykę inwestycyjną i robót;
- obniżki i korzyści przyznawane pewnym kategoriom podmiotów;

- charakter i tryb świadczenia innych usług w ramach sieci oraz możliwość powierzenia związkom międzygminnym realizacji projektów istotnych dla gminy pozostających w ramach celów statutowych takich jak np. przygotowanie Intranetu gminnego, stron internetowych i kształcenie personelu w tym zakresie.

Uwzględniając, że w tych ramach:

- Brutélé przedstawi rachunek zysków i strat oraz bilans w zakresie działalności sieci w gminie Uccle;
- [gmina] Uccle będzie dysponować administratorem przy zarządzie Brutélé oraz trzema administratorami w radzie sektora działalności w Brukseli, mandatem komisarza rachunkowego i eksperta gminnego.

Zważywszy, że Brutélé zobowiązała się do objęcia całości sieci w Uccle i zwiększenia możliwości sieci w celu rozwoju, najpóźniej przed upływem roku, następujących usług:

- rozszerzenia oferty telewizyjnej: programów dodatkowych i „pakietu”;
- programów „pay per view”;
- dostępu do internetu;
- telefonii głosowej;
- wideonadzoru;
- szerokopasmowego przesyłania danych.

Uwzględniając, że na oferowaną roczną opłatę składa się:

- a) opłata stała w wysokości 10 % przychodów z podstawowych abonamentów za sieć telewizji kablowej (na podstawie 31 000 abonentów i 3 400 BEF abonamentu rocznego, bez VAT i praw autorskich: 10 540 000 BEF rocznie);
- b) zapłata 5 % obrotów Canal + i pakietu;
- c) całość zysków osiągniętych ze wszystkich świadczonych usług.”

- 15 W świetle postanowienia odsyłającego gmina Uccle miała objąć 76 udziałów w Brutélé, po 200 000 BEF każdy. Poza tym rzeczona gmina zażądała i uzyskała od Brutélé możliwość jednostronnego wycofania się w każdej chwili z tego związku międzygminnego.
- 16 Z postanowienia odsyłającego wynika również, że Brutélé jest międzygminną spółdzielnią, której członkami są gminy i związek międzygminny, do którego należą wyłącznie gminy. Nie jest ona otwarta dla członków prywatnych. W skład jej zarządu wchodzi przedstawiciele gmin (nie więcej niż trzech dla każdej gminy) wybierani przez walne zgromadzenie, w którym uczestniczą przedstawiciele gmin. Zarząd ma najszersze uprawnienia.
- 17 W świetle postanowienia odsyłającego gminy są podzielone na dwa sektory, z których jeden grupuje gminy z regionu brukselskiego, które można podzielić na podsektory. W ramach każdego sektora powoływana jest rada sektora składająca się z

administratorów powoływanych przez walne zgromadzenie, zebrane w odrębnych grupach reprezentujących właścicieli udziałów w każdym sektorze, spośród kandydatów zaproponowanych przez gminy. Zarząd może delegować na rzecz rad sektora uprawnienia przyznane mu w zakresie po pierwsze problemów właściwych podsektorom, w szczególności sposobów stosowania taryf, programów prac i inwestycji, finansowania ich oraz kampanii reklamowych, a po drugie problemów wspólnych różnym podsektorom stanowiącym sektor działalności. Pozostałymi organami statutowymi Brutélé są walne zgromadzenie, którego decyzje wiążą wszystkich członków, dyrektor naczelny, rada ekspertów będących funkcjonariuszami gminnymi, których liczba jest równa liczbie administratorów i którzy mają wspomagać tych ostatnich, oraz rada rewidentów. Dyrektor naczelny, eksperci i komisarze są w zależności od przypadku powoływani przez zarząd lub walne zgromadzenie.

- 18 Postanowienie odsyłające wskazuje ponadto, że Brutélé wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz ze swymi członkami.
- 19 W skardze z dnia 22 stycznia 2001 r. Coditel wniósł do Conseil d'État (Belgia) w szczególności o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 23 listopada 2000 r., na mocy której gmina Uccle stała się członkiem Brutélé. Coditel zarzucił tej gminie, że przystąpiła do Brutélé powierzając tej ostatniej zarządzanie swą siecią telewizji kablowej bez dokonania porównania pomiędzy korzyściami z tej formuły i korzyściami wynikającymi z udzielenia koncesji na jej sieć telewizji kablowej innemu operatorowi. Coditel podniósł, że postępując w ten sposób gmina Uccle naruszyła w szczególności wynikające z prawa wspólnotowego zasady niedyskryminacji i obowiązku przejrzystości.
- 20 Brutélé zaprzeczyła temu twierdzeniu podnosząc, że stanowi „czystą” spółdzielnię międzygminną, której działalność jest przeznaczona i zarezerwowana dla gmin członkowskich i której statut pozwala gminie Uccle, w ramach prowadzenia podsektora, na wykonywanie bezpośredniej i precyzyjnej kontroli nad działalnością Brutélé w tym podsektorze, identycznej z kontrolą, którą gmina ta sprawuje nad własnymi służbami wewnętrznymi.
- 21 Conseil d'État uznała, że członkowstwo gminy Uccle w Brutélé nie stanowi zamówienia publicznego, lecz koncesję na świadczenie usług publicznych w rozumieniu prawa wspólnotowego. Dyrektywy wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych nie mają zatem zastosowania do takiej koncesji, lecz w świetle linii orzeczniczej Trybunału wynikającej z wyroku z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress (Rec. s. I-10745), z zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wynika obowiązek przejrzystości w udzieleniu koncesji. By zadośćuczynić wymogom prawa wspólnotowego, gmina Uccle powinna była co do zasady przygotować zaproszenie do składania ofert celem zbadania czy koncesjonowanie jej usług telewizji kablowej na rzecz przedsiębiorców innych niż Brutélé nie stanowi korzystniejszej alternatywy niż przyjęte rozwiązanie. Conseil d'État dąży do ustalenia, czy te wymogi prawa wspólnotowego należy pominąć w świetle orzecznictwa Trybunału wynikającego z wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal (Rec. s. I-8121), w świetle którego nie mają one zastosowania, gdy koncesjonariusz podlega kontroli instytucji zamawiającej i wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z tą ostatnią.
- 22 W tych okolicznościach Conseil d'État postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i przedstawić Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy gmina może bez przeprowadzenia przetargu przystąpić do spółdzielni, do której należą wyłącznie inne gminy i związki gmin (spółdzielnia międzygminna w czystej postaci) w celu przekazania jej zarządu swoją siecią telewizji kablowej, skoro spółdzielnia ta wykonuje przeważającą część swojej działalności na rzecz swoich członków i na ich korzyść, a decyzje z nią związane podejmowane są przez zarząd i rady sektorów w granicach przekazanych im przez zarząd, będące organami statutowymi złożonymi z przedstawicieli władz publicznych, stanowiących większością głosów?
- 2) Czy wywierany w ten sposób, za pośrednictwem organów statutowych, przez wszystkich członków lub przez ich część w przypadku sektora lub podsektorów działalności, wpływ na decyzje spółdzielni może być uznany za umożliwiający im sprawowanie nad nią kontroli podobnej do tej sprawowanej nad własnymi służbami?
- 3) Czy ten wpływ i ta kontrola, aby zostać uznanymi za podobne, muszą być wykonywane indywidualnie przez każdego członka, czy wystarczy, że będą one wykonywane przez większość członków?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego i drugiego pytania prejudycjalnego

- 23 Wobec ich powiązania, pytania pierwsze i drugie należy rozpatrzyć łącznie.
- 24 W świetle postanowienia odsyłającego, zostając członkiem Brutélé, gmina d'Uccle powierzyła Brutélé zarządzanie swą siecią telewizji kablowej. Wynika z niego również, że wynagrodzenie Brutélé nie pochodzi od gminy, lecz od użytkowników tej sieci. Ten sposób wynagrodzenia charakteryzuje koncesję na świadczenie usług publicznych (wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 (Zb. Orz. s. I-8585, pkt 40).
- 25 Umowy koncesji na świadczenie usług publicznych nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) mającej zastosowanie w okresie wystąpienia okoliczności faktycznych sprawy przed sądem krajowym. Mimo, że umowy te są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy, organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych, zasad niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, równości traktowania i wynikającego z nich obowiązku przejrzystości (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60-62, oraz wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16-19. Nie oznaczając konieczności przygotowania zaproszenia do składania ofert ów obowiązek przejrzystości, który ciąży na instytucji zamawiającej, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym koncesjonariuszom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 62 oraz Coname, pkt 21).
- 26 Stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również ogólnych zasad, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest jednakże wykluczone, w przypadku gdy zarówno kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, jak i podmiot ten wykonuje zasadniczą część swej działalności wspólnie

z organem władzy lub władzami, w których dyspozycji pozostaje (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach Teckal, pkt 50, oraz Parking Brixen, pkt 62).

- 27 Co się tyczy drugiej z tych przesłanek, sąd krajowy wskazał w postanowieniu odsyłającym, że Brutélé prowadzi zasadniczą część swej działalności wraz ze swoimi członkami. Pozostaje zatem zbadanie zakresu pierwszej przesłanki, to jest tej, w świetle której instytucja lub instytucje zamawiające muszą sprawować nad koncesjonariuszem kontrolę podobną do tej, którą sprawują nad własnymi służbami.
- 28 Ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy tej musi wynikać, że spółdzielnia, której udzielono zamówienia jest poddana kontroli, która umożliwi instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółdzielnię. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje (zob. podobnie wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8612, pkt 65 i wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb. Orz. s. I-4137, pkt 36).
- 29 Pośród istotnych okoliczności wynikających z postanowienia odsyłającego należy przede wszystkim rozważyć posiadanie udziału w kapitale koncesjonariusza, a w drugiej kolejności skład jego organów decyzyjnych i po trzecie zakres uprawnień przyznanych jego zarządowi.
- 30 Co się tyczy pierwszej okoliczności należy przypomnieć, że jest wykluczone, by instytucja zamawiająca mogła sprawować nad koncesjonariuszem kontrolę podobną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami, jeśli przedsiębiorstwo prywatne posiada udziały w kapitale tego koncesjonariusza (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49).
- 31 Natomiast gdy chodzi o okoliczność, że publiczna instytucja zamawiająca znajduje się w posiadaniu, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całości kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wskazuje, choć nie przesądza o tym, że instytucja publiczna sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami (ww. wyroki w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 37, oraz wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 57).
- 32 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu przed sądem krajowym koncesjonariuszem jest spółdzielnia międzygminna, której członkami są gminy oraz związek międzygminny grupujący wyłącznie gminy oraz, że nie jest on otwarty dla członków prywatnych.
- 33 Po drugie z akt sprawy wynika, że zarząd Brutélé składa się z przedstawicieli gmin członkowskich, wyznaczonych przez walne zgromadzenie, które również składa się z przedstawicieli gmin członkowskich. Zgodnie z art. 12 ustawy o związkach międzygminnych są oni wyznaczani przez radę każdej gminy spośród radnych, burmistrza i ławników.
- 34 Okoliczność, że organy decyzyjne Brutélé składają się z delegatów będących jej członkami organów publicznych wskazuje, że te ostatnie kontrolują organy decyzyjne Brutélé i są w stanie sprawować decydujący wpływ zarówno na jej cele strategiczne jak i na jej istotne decyzje.

- 35 Po trzecie, z akt sprawy wynika, że zarząd Brutélé korzysta z najszerszych uprawnień. Ustala on w szczególności cenniki. Ponadto ma on uprawnienie, a nie obowiązek, delegowania do rad sektora lub podsektora rozwiązania pewnych problemów właściwych tym sektorom lub podsektorom.
- 36 Należy ustalić czy Brutélé uzyskała w ten sposób orientację rynkową i margines autonomii, który zagrażałby kontroli wykonywanej przez będące jej członkami organy publiczne.
- 37 W tym zakresie należy stwierdzić, że Brutélé nie została ustanowiona w postaci société par actions lub société anonyme (spółki akcyjnej) mogącej realizować cele niezależne od jej akcjonariuszy, lecz w postaci spółdzielni międzygminnej podlegającej ustawie o związkach międzygminnych. Ponadto na mocy art. 3 tej ustawy związki międzygminne są pozbawione charakteru komercyjnego.
- 38 Z ustawy tej, uzupełnionej statutem Brutélé wynika, że celem statutowym tej ostatniej jest realizacja misji w zakresie interesu gminnego, w celu realizacji którego została powołana oraz że nie realizuje żadnego interesu odrębnego od interesu będących jej członkami organów publicznych.
- 39 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych z powyższego wynika, że pomimo zakresu uprawnień jej zarządu, Brutélé nie korzysta z marginesu autonomii, który wykluczałby sprawowanie nad nią przez będące jej członkami gminy kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami.
- 40 Rozważania te mają zastosowanie a fortiori w przypadku, gdy decyzje dotyczące działalności spółdzielni międzygminnej są podejmowane przez rady sektora lub podsektora w granicach delegacji udzielonej im przez zarząd. Gdy jedna lub wiele gmin członkowskich zostaną uznane za stanowiące sektor lub podsektor działalności tej spółdzielni, kontrola, którą gminy mogą sprawować nad kwestiami delegowanymi radom sektora lub podsektora jest jeszcze bardziej ścisła niż sprawowana przez nie wraz ze wszystkimi członkami w ramach organów plenarnych rzeczowej spółdzielni.
- 41 W świetle powyższego, z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych dotyczących marginesu autonomii, z którego korzysta omawiana spółdzielnia międzygminna, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy decyzje podejmowane przez spółdzielnię międzygminną są kontrolowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli władz publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczone władze publiczne może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad ich własnymi służbami.
- 42 W konsekwencji na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć w następujący sposób:
- Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równości i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie sprzeciwiają się temu, by organ publiczny udzielił, bez przeprowadzenia przetargu, koncesji na świadczenie usług publicznych międzygminnej spółdzielni, której wszystkimi członkami są organy publiczne, jeśli te organy publiczne sprawują nad tą spółdzielnią kontrolę analogiczną do sprawowanej nad ich własnymi służbami i o ile spółdzielnia ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z tymi organami publicznymi.

- Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych dotyczących marginesu autonomii, z którego korzysta omawiana spółdzielnia, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy decyzje dotyczące działalności spółdzielni międzygminnej będącej wyłączną własnością organów publicznych są podejmowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli organów publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczony organ publiczny może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad ich własnymi służbami.

W przedmiocie trzeciego pytania

- 43 Swym trzecim pytaniem sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia czy w przypadku, gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez organy będące jej członkami, została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, musi być sprawowana indywidualnie przez każdy z organów publicznych, czy też może być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.
- 44 Z jednej strony należy przypomnieć, że w świetle orzecznictwa Trybunału, gdy koncesjonariusz jest własnością większej liczby organów publicznych, przesłanka związana z zasadniczą częścią działalności tego koncesjonariusza może zostać spełniona z uwzględnieniem działalności, którą ten koncesjonariusz wykonuje wraz ze wszystkimi organami publicznymi (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 70 i 71; i Asemfo, pkt 62).
- 45 Stwierdzenie, że przesłanka związana z kontrolą sprawowaną przez organy publiczne może być też spełniona przez uwzględnienie kontroli sprawowanej łącznie nad koncesjonariuszem przez będące jego właścicielami organy publiczne, jest spójne z rozumowaniem leżącym u podstaw tego orzecznictwa.
- 46 Orzecznictwo wymaga, by kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą była analogiczna do kontroli sprawowanej przez tę instytucję nad jej własnymi służbami, a nie by była identyczna z nią we wszystkich aspektach (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 62). Istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem była skuteczna, lecz nie jest niezbędne, by była indywidualna.
- 47 Z drugiej strony w przypadku, gdy szereg organów publicznych dokonuje wyboru wykonania ich misji świadczenia usług publicznych przy pomocy wspólnego koncesjonariusza, jest zazwyczaj wykluczone, by jeden z tych organów, o ile nie posiada większościowego udziału w przedsiębiorstwie koncesjonariusza, sam wykonywał decydującą kontrolę nad decyzjami tego ostatniego. Wymóg, by kontrola sprawowana przez organ publiczny w podobnym przypadku była indywidualna, prowadziłyby do konieczności przeprowadzenia postępowania przetargowego w większości przypadków, w których organy publiczne zamierzają przystąpić do grupy składającej się z innych organów publicznych, takiej jak spółdzielnia międzygminna.
- 48 Rezultat taki nie byłby zgodny z systemem przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych i koncesji. Uznano bowiem, że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się

do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb (ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48).

- 49 Ta możliwość dla organów publicznych zastosowania własnych środków w celu realizacji ich misji świadczenia usług publicznych może być wykonywana we współpracy z innymi organami publicznymi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Asemfo, pkt 65).
- 50 Należy zatem przyznać, że w przypadku gdy szereg organów publicznych jest właścicielami koncesjonariusza, któremu powierzają realizację ich misji świadczenia usług publicznych, kontrola sprawowana przez te organy publiczne nad koncesjonariuszem może być sprawowana przez nie łącznie.
- 51 Jako że chodzi o organ kolegialny, procedura stosowana przy podejmowaniu decyzji, w szczególności podejmowanie decyzji większością głosów, nie ma znaczenia.
- 52 Stwierdzenia tego nie podważa ww. wyrok w sprawie Coname. Niewątpliwie Trybunał stwierdził w nim, że udział w wysokości 0,97 % jest tak niski, że nie może pozwalać gminie na sprawowanie kontroli nad koncesjonariuszem zarządzającym świadczeniem usług publicznych (zob. ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 24). Jednakże w tej części wyroku Trybunał nie rozpatrywał kwestii czy taka kontrola mogła być sprawowana łącznie.
- 53 Ponadto w późniejszym ww. wyroku w sprawie Asemfo (pkt 56-61), Trybunał przyznał, że w pewnych okolicznościach przesłanka dotycząca kontroli sprawowanej przez organy publiczne mogła zostać spełniona w przypadku, gdy organy te posiadały jedynie 0,25 % kapitału przedsiębiorstwa publicznego.
- 54 Zatem na pytanie trzecie należy odpowiedzieć w ten sposób, że w przypadku, gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez organy będące jej członkami została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, może ona być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.

W przedmiocie kosztów

- 55 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) **Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równości i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie sprzeciwiają się temu, by organ publiczny udzielił, bez przeprowadzenia przetargu, koncesji na świadczenie usług publicznych międzygminnej spółdzielni, której wszystkimi członkami są organy publiczne, jeśli te organy publiczne sprawują nad tą spółdzielnią kontrolę analogiczną do**

sprawowanej nad ich własnymi służbami i o ile spółdzielnia ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z tymi organami publicznymi.

- 2) Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych dotyczących marginesu autonomii, z którego korzysta omawiana spółdzielnia, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy decyzje dotyczące działalności spółdzielni międzygminnej będącej wyłączną własnością organów publicznych są podejmowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli organów publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczony organ publiczny może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad jej własnymi służbami.
- 3) W przypadku, gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez organy będące jej członkami została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, może ona być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.

Podpisy

* Język postępowania: francuski.