

orzeczenie z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-51/15 *Remondis*

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 21 grudnia 2016 r.(1)

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 4 ust. 2 TUE – Poszanowanie tożsamości narodowej państw członkowskich nierozdzielnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego – Wewnętrzna organizacja państw członkowskich – Jednostki samorządu terytorialnego – Instrument prawny tworzący nowy podmiot prawa publicznego i organizujący przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 1 ust. 2 lit. a) – Pojęcie „zamówienia publicznego”

W sprawie C-51/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Celle (wyższy sąd krajowy w Celle, Niemcy) postanowieniem z dnia 17 grudnia 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 6 lutego 2015 r., w postępowaniu:

Remondis GmbH & Co. KG Region Nord

przeciwko

Region Hannover,

przy udziale:

Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: L. Bay Larsen, prezes izby, M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan i D. Šváby (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: P. Mengozzi,

sekretarz: K. Malacek, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 20 kwietnia 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przez M. Figgena i R. Schäffer, Rechtsanwälte,
- w imieniu Region Hannover przez H. Jagaua, Regionspräsident, R. Van der Houta, advocaat, T. Mühe i M. Fastabenda, Rechtsanwälte,

- w imieniu Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover przez W. Siederera i L. Viezensa, Rechtsanwälte,
- w imieniu rządu francuskiego przez D. Colasa i J. Bousin, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A.C. Becker i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 30 czerwca 2016 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Remondis GmbH & Co. KG Region Nord (zwaną dalej „Remondisem”) a Region Hannover (regionem Hanower, Niemcy) w przedmiocie zgodności z prawem przekazania przez ów region zadań gospodarowania odpadami, które na nim spoczywały, Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (związkowi celowemu samorządów regionu Hanower, Niemcy, zwanemu dalej „związkiem celowym RH”).

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, mający zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym, stanowi, że do celów dyrektywy „»zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami [instytucją zamawiającą lub większą ich liczbą a jednym wykonawcą lub większą ich liczbą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.
- 4 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), uchyliła dyrektywę 2004/18 z dniem 18 kwietnia 2016 r.
- 5 Motyw 4 dyrektywy 2014/24 stanowi:
 „Coraz bardziej zróżnicowane formy działań publicznych spowodowały konieczność bardziej precyzyjnego zdefiniowania pojęcia samych zamówień publicznych;

doprecyzowanie to nie powinno jednak rozszerzać zakresu stosowania niniejszej dyrektywy w porównaniu do zakresu dyrektywy 2004/18/WE. Unijne przepisy o zamówieniach publicznych nie mają na celu objęcia wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych, lecz tylko takie, które mają na celu nabycie robót budowlanych, dostaw lub usług za wynagrodzeniem w drodze zamówienia publicznego [...].

[...]”.

6 Artykuł 1 ust. 6 tej dyrektywy stanowi:

„Porozumienia, decyzje lub inne instrumenty prawne regulujące przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi lub grupami instytucji zamawiających, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy, uznaje się za kwestie, które podlegają wewnętrznemu uregulowaniu w danym państwie członkowskim i na którą w związku z tym niniejsza dyrektywa nie ma żadnego wpływu”.

Prawo niemieckie

7 Zgodnie z ustawodawstwem federalnym z dziedziny gospodarowania odpadami oraz Niedersächsische Abfallgesetz (ustawą Dolnej Saksonii o odpadach), zarówno w wersji obowiązującej w czasie utworzenia związku celowego RH, będącego interwenientem w postępowaniu głównym, jak i w obecnie obowiązującym brzmieniu, zadanie gospodarowania odpadami spoczywa na wskazanych przez tę ostatnią ustawę jednostkach samorządu terytorialnego lub na zakładanych przez te jednostki związkach celowych.

8 Niedersächsische Zweckverbandsgesetz (ustawa Dolnej Saksonii o związkach celowych), w brzmieniu obowiązującym w czasie tworzenia związku celowego RH, stanowiła w § 1, że gminy i związki gmin mogą tworzyć związki celowe (dobrowolne związki celowe) lub mogą być łączone w związki celowe (przymusowe związki celowe) w celu wspólnego wykonywania niektórych zadań, które mają one prawo lub obowiązek wykonywać. W takim przypadku zgodnie z § 2 ust. 1 tej ustawy prawa i obowiązki związane z wykonywaniem zadań zleconych związkowi przechodzą na ów związek.

9 Paragraf 4 tej ustawy stanowi, że związki celowe są jednostkami prawa publicznego, które kierują swoją działalnością w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność.

10 Paragraf 29 ust. 1 tej ustawy zobowiązuje samorządy terytorialne będące członkami związku celowego do opłacania rocznych składek w zakresie, w jakim pozostałe przychody związku celowego nie wystarczają do pokrycia kosztów realizacji jego zadań.

11 Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (ustawa Dolnej Saksonii o współpracy międzygminnej), która obowiązuje obecnie, zawiera podobne przepisy. Wynika z nich w szczególności, że samorządy, które przekażą zadania związkowi celowemu, są w tym zakresie zwolnione z obowiązku ich wykonania.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

12 Stosownie do przepisów federalnych, a także przepisów Land Niedersachsen (kraju związkowego Dolna Saksonia, Niemcy) w dziedzinie gospodarowania odpadami region Hanower i Stadt Hannover (miasto Hanower) były odpowiedzialne za zbieranie

i przetwarzanie odpadów na terytorium, odpowiednio, dawnego Landkreis Hannover (okręgu Hanower) i miasta Hanower.

- 13 W obliczu planowanej przez te samorządy reorganizacji najpierw, w dniu 29 listopada 2002 r., miasto Hanower przekazało regionowi Hanower własne kompetencje. Następnie, w dniu 19 grudnia 2002 r., oba samorządy wspólnie przyjęły Verbandsordnung des Zweckverbandes Abfallwirtschaft Region Hannover (statut związku celowego regionu Hanower, zwany dalej „statutem związku celowego RH”). W drodze tego statutu zorganizowały one funkcjonowanie związku celowego. Był to nowy podmiot prawa publicznego, któremu założycielskie jednostki samorządu powierzyły szereg różnych zadań, wcześniej należących częściowo do obydwu samorządów naraz, a częściowo do każdego z osobna. Podmiot ten zastąpił region Hanower w odniesieniu do gospodarowania odpadami. Został on utworzony w dniu 1 stycznia 2003 r.
- 14 Aby umożliwić związkowi celowemu RH wypełnianie jego zadań, zgodnie z § 5 statutu związku celowego RH region Hanower i miasto Hanower wniosły nieodpłatnie do związku celowego swoje jednostki, które dotychczas zapewniały realizację zadań w zakresie gospodarowania odpadami, oczyszczania ulic i utrzymania zimowego, a region Hanower przekazał mu 94,9% udziałów Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover mbH, spółki zajmującej się gospodarowaniem odpadami na rzecz regionu Hanower, która dotąd była w całości przezeń kontrolowana.
- 15 W tym samym celu § 4 ust. 5 statutu związku celowego RH zezwala temu związkowi również na korzystanie z usług osób trzecich w celu wykonywania swoich zadań i na obejmowanie w tym celu udziałów w przedsiębiorstwach i innych podmiotach, co dopuszcza § 22 Kreislaufwirtschaftsgesetz (ustawy o recyklingu odpadów).
- 16 Omawiany statut stanowi w § 4 ust. 4, że związek celowy RH zbiera odpady w celu ich odzysku i może w tym celu zawierać umowy z systemami mieszanymi (*duale Systeme*) w celu zbierania opakowań, a zadania te mogą zostać przekazane Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover.
- 17 Zgodnie z § 4 ust. 6 tego statutu związek celowy jest upoważniony do przyjmowania przepisów statutowych i administracyjnych dotyczących w szczególności nakładania opłat.
- 18 Paragraf 7 statutu związku celowego RH stanowi, że jego walne zgromadzenie składa się z dyrektorów administracyjnych regionu Hanower i miasta Hanower, którzy są związani instrukcjami wydanymi przez reprezentowane przez nich jednostki samorządu terytorialnego. Te osoby mają prawo głosu na zgromadzeniu w zakresie kompetencji przekazanych przez reprezentowany przez nie samorząd.
- 19 W myśl § 8 statutu walne zgromadzenie jest właściwe w szczególności do zmiany tego statutu i powoływania dyrektora zarządzającego związku celowego RH.
- 20 Zgodnie z § 16 ust. 1 statutu związku celowego RH związek celowy musi w dłuższym okresie ze swoich przychodów zapewnić przynajmniej pokrycie kosztów. Jednakże jeżeli przychody te nie wystarczają do pokrycia kosztów wykonywania zadań, samorządy tworzące związek są zobowiązane do zapłaty określanych corocznie składek na pokrycie strat.

- 21 Z postanowienia odsyłającego wynika, że przekazanie zadań związane z utworzeniem dobrowolnego lub przymusowego związku celowego skutkuje utratą odpowiednich kompetencji po stronie samorządów będących członkami związku.
- 22 W 2011 r., czyli w dziewiątym roku swojej działalności, związek celowy RH i Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover odnotowały wspólnie obrót w wysokości 189 020 912 EUR, z czego 11 232 173 EUR (czyli w przybliżeniu 6%) pochodziło z transakcji handlowych przeprowadzonych z podmiotami trzecimi. Zgodnie z prognozami na rok 2013 kwoty te miały wynieść, odpowiednio, 188 670 370,92 EUR oraz 13 085 190,85 EUR.
- 23 Remondis, spółka handlowa prowadząca działalność w branży odpadów, wniósł skargę o kontrolę procedury przetargowej, obecnie zawisłą przed sądem odsyłającym.
- 24 Remondis uważa, że całościowa czynność polegająca na utworzeniu związku celowego i przekazaniu mu w konsekwencji zadań przez jednostki samorządu terytorialnego będące jego członkami stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu w szczególności art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, choć początkowo czynność ta nie podlegała przepisom o zamówieniach publicznych, gdyż była objęta zakresem wyjątku wskazanego w wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50). Spełnione były bowiem dwie przesłanki zastosowania tego wyjątku, czyli, po pierwsze, sprawowanie przez udzielający zamówienia podmiot publiczny nad podmiotem, który wykonuje na jego rzecz to zamówienie, kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami, a po drugie, wykonywanie przez podmiot wykonujący zamówienie zasadniczej części swej działalności na rzecz tego podmiotu publicznego. Tymczasem zdaniem Remondisu, zważywszy na wielkość obrotu realizowanego przez związek celowy RH od 2013 r. w ramach współpracy z podmiotami trzecimi, związek celowy nie prowadzi już zasadniczej części swej działalności we współpracy z założycielskimi samorządami. Remondis wywodzi z tego wniosek, że ta całościowa czynność powinna zostać obecnie uznana za niezgodną z prawem udzielenie zamówienia publicznego, a zatem za czynność nieważną. Zatem region Hanower, będący podmiotem odpowiedzialnym za zbieranie odpadów, powinien urządzić przetarg publiczny, jeżeli sam nie chce realizować tego zadania.
- 25 Region Hanower i związek celowy RH uważają z kolei, że utworzenie związku i przekazanie mu kompetencji nie wchodzi w zakres stosowania prawa zamówień publicznych.
- 26 Rozpatrywane utworzenie i przekazanie zostały bowiem oparte na uchwale samorządu, a nie na umowie cywilnoprawnej czy porozumieniu administracyjnym. Ponadto samorządy powołują się na dyrektywę 2014/24, w szczególności jej art. 1 ust. 6, dotyczący mechanizmów przekazywania uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych.
- 27 Sąd odsyłający wskazuje, że rozstrzygnięcie sporu zależy przede wszystkim od tego, czy czynność polegająca na założeniu przez region Hanower i miasto Hanower związku celowego RH i przekazaniu mu określonych zadań stanowiła zamówienie publiczne w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18. W tym względzie nie ma on wątpliwości w zakresie odpłatnego charakteru tej czynności, zważywszy, po pierwsze, na bezpłatne przekazanie środków wykorzystywanych uprzednio przez oba samorządy terytorialne do realizacji zadań przekazanych związkowi celowemu, a po drugie, na zobowiązanie się przez te samorządy do pokrycia ewentualnych nadwyżek kosztów tego związku celowego w stosunku do przychodów.

- 28 Sąd ten wskazuje, że można by jednak uznać, iż taka czynność nie stanowiła zamówienia publicznego. Nie istnieje bowiem umowa i żadne przedsiębiorstwo nie uczestniczy w tej czynności. Ponadto mamy do czynienia ze środkiem organizacji wewnętrznej państwa gwarantowanej przez konstytucyjną normę autonomii gminnej, polegającym na przeniesieniu kompetencji między jednostkami samorządu terytorialnego, w wyniku którego samorzady odpowiedzialne pierwotnie za realizację danych zadań zostają z niej zwolnione.
- 29 Sąd ma jednak wątpliwości, czy ta opinia jest istotna w świetle orzecznictwa Trybunału, w szczególności wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), z którego wynika, że samo istnienie delegowania zadania, wiążące się ze zwolnieniem z niego pierwotnie odpowiedzialnej jednostki samorządu, nie ma wpływu na kwalifikację zamówienia publicznego.
- 30 Ponadto z wyroku tego wynika, że od stosowania reguł zamówień publicznych należy uwzględnić jedynie dwa wyjątki, czyli wyjątek wskazany w wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), oraz tzw. horyzontalną współpracę międzygminną. Zatem można podnieść, że skoro utworzenie związku celowego wraz z przekazaniem mu kompetencji nie podlega żadnemu z tych wyjątków, prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie do tego rodzaju czynności.
- 31 Z drugiej jednak strony sąd odsyłający podnosi, po pierwsze, że taka czynność jest wyłącznie wynikiem horyzontalnego porozumienia szeregu podmiotów publicznych, nie zaś porozumienia zawartego przez te podmioty ze związkiem celowym.
- 32 Po drugie, utworzenie związku celowego jednostek samorządu terytorialnego może nie tylko wynikać z ich swobodnej decyzji, lecz także zostać im narzucone przez organ nadzorczy. W takim zaś wypadku nie istnieje umowa, więc trudno dopatrywać się tu zamówienia publicznego. Należałoby wówczas ustalić, czy czynność o tym samym charakterze, czyli przekazanie kompetencji związkowi celowemu publicznych jednostek samorządu, może być traktowana w różny sposób w zależności od tego, czy przekazanie jest dobrowolne, czy przymusowe.
- 33 Sąd odsyłający zastanawia się ponadto nad konsekwencjami stwierdzenia, że całościowa czynność taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym stanowi zamówienie publiczne, w szczególności zaś nad tym, czy takie zamówienie powinno być rozpatrywane pod kątem wyjątku wskazanego w wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), czy raczej jako współpraca samorządów terytorialnych w celu realizacji spoczywających na nich zadań.
- 34 W tych okolicznościach Oberlandesgericht Celle (wyższy sąd krajowy w Celle, Niemcy) postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:
- „1) Czy umowa pomiędzy dwiema jednostkami samorządu terytorialnego, na podstawie której jednostki te w drodze statutu zakładają wspólny związek celowy z odrębną osobowością prawną, który od tego momentu na własną odpowiedzialność zapewnia wykonanie określonych zadań, należących dotychczas do zainteresowanych jednostek, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, jeżeli to przeniesienie zadań dotyczy usług w rozumieniu tej dyrektywy i następuje odpłatnie, związek celowy realizuje działania wykraczające poza zapewnienie wykonania zadań, które uprzednio należały do zainteresowanych jednostek, a przeniesienie zadań nie należy do dwóch rodzajów zamówień, które – mimo że są udzielane przez

instytucje publiczne – według orzecznictwa Trybunału, ostatnio wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, pkt 33 i nast.), nie wchodzi w zakres stosowania unijnego prawa zamówień publicznych?

- 2) W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej: czy pytanie, czy utworzenie związku celowego i związane z tym przeniesienie na niego zadań w drodze odstępstwa nie wchodzi w zakres stosowania unijnego prawa zamówień publicznych, na zasadach, jakie Trybunał wypracował w odniesieniu do umów pomiędzy instytucją publiczną a prawnie odrębnym od niej podmiotem, według których zastosowanie unijnego prawa zamówień publicznych jest wyłączone, gdy instytucja sprawuje nad danym podmiotem podobną kontrolę jak nad swoimi własnymi służbami, a wskazany podmiot jednocześnie zasadniczo działa na rzecz instytucji, która (które) posiada(ją) w nim udziały (zob. podobnie między innymi wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50), czy też zastosowanie znajdują zasady, jakie Trybunał wypracował w odniesieniu do umów, które ustanawiają współpracę między instytucjami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej (zob. na ten temat wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 34 i nast.) [...]?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 35 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że zamówieniem publicznym jest porozumienie dwóch jednostek samorządu terytorialnego, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, na którego podstawie jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o nadaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego.
- 36 Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 zamówienie publiczne to umowa o charakterze odpłatnym zawierana na piśmie pomiędzy jedną instytucją zamawiającą lub większą ich liczbą a jednym wykonawcą lub większą ich liczbą, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu tej dyrektywy 2004/18.
- 37 Do celów ewentualnego uznania za zamówienie publiczne, w świetle tej definicji, czynności składającej się z szeregu etapów czynność tę należy rozpatrywać jako całość i z uwzględnieniem jej celu (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r., Komisja/Austria, C-29/04, EU:C:2005:670, pkt 41).
- 38 W niniejszym przypadku należy więc potraktować jako całość poszczególne etapy czynności rozpatrywanej w postępowaniu głównym. W tym względzie z postanowienia odsyłającego wynika, że region Hanower i miasto Hanower postanowiły razem stworzyć w drodze aktu wykonawczego nowy podmiot prawa publicznego w celu przydzielenia mu określonych kompetencji, po części wspólnych, a po części właściwych dla każdego z tych samorządów. Jednocześnie wyposażyły one ten nowy podmiot w określone uprawnienia, mające umożliwić mu realizację zadań wynikających z tych kompetencji. Wniosły bowiem do związku celowego środki, które dotąd same przeznaczały na realizację tych kompetencji, i zobowiązały się pokrywać jego ewentualny deficyt budżetowy. Związek miał ponadto prawo nakładania opłat i ich pobierania, a także

prowadzenia pewnych rodzajów działalności spoza zakresu wykonania przekazanych mu kompetencji, lecz o tym samym charakterze, jak niektóre rodzaje działalności, której prowadzenie wynika z wykonywania tych kompetencji. Wreszcie, nowy podmiot cechuje autonomia działania, lecz musi on respektować decyzje zgromadzenia, w którym zasiadają przedstawiciele obu założycielskich samorządów i który stanowi organ tego podmiotu właściwy między innymi do wyłonienia osoby zarządzającej tym podmiotem.

- 39 W tym kontekście na wstępie należy wskazać, że podanie przez sąd odsyłający informacji, iż rozpatrywana w postępowaniu głównym działalność stanowi „usługi” w rozumieniu dyrektywy 2004/18, ma wyłącznie na celu wyjaśnienie, że nie należy wykluczać stosowania tej dyrektywy w tym względzie. Natomiast fakt, że działalność leżąca w zakresie kompetencji organu władzy publicznej stanowi usługę, o której mowa w tej dyrektywie, nie wystarczy sam w sobie, by dyrektywa miała zastosowanie, gdyż organy władzy publicznej mogą swobodnie decydować, czy skorzystać z zamówienia publicznego w celu realizacji ciężących na nich zadań użyteczności publicznej (zob. podobnie wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy, C-480/06, EU:C:2009:357, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 Ponadto należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że podział kompetencji w państwie członkowskim jest chroniony na podstawie art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z którym Unia powinna uszanować tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego (zob. podobnie wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 34).
- 41 Ponadto ten podział kompetencji nie jest ustanowiony na stałe, więc nadana przez art. 4 ust. 2 TUE ochrona dotyczy również reorganizacji kompetencji wewnątrz państwa członkowskiego, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 41 i 42 opinii. Takie reorganizacje, mogące przyjąć postać przeniesienia kompetencji z jednego organu władzy publicznej na drugi, zarządzanego przez organ wyższej rangi, lub dobrowolnego przekazania sobie kompetencji przez organy władzy publicznej, mają taki skutek, że organ uprzednio odpowiedzialny zostaje zwolniony z obowiązku i prawa realizacji danego zadania publicznego lub się od nich uwalnia, a innemu organowi ten obowiązek i to prawo zostają przydzielone.
- 42 W drugiej kolejności należy stwierdzić, że takie przeniesienie lub przekazanie kompetencji nie spełnia wszystkich przesłanek wymaganych w definicji pojęcia zamówienia publicznego.
- 43 Zamówienie publiczne objęte zakresem dyrektywy 2004/18 może bowiem stanowić tylko umowa o charakterze odpłatnym, zaś ten odpłatny charakter oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, otrzymuje z tego tytułu, w zamian za świadczenie wzajemne, świadczenie, które powinno powodować bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej (zob. podobnie wyrok z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 47–49). Wzajemny charakter umowy jest tym samym zasadniczą cechą zamówienia publicznego, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 36 opinii.
- 44 Tymczasem, niezależnie od tego, że decyzja w sprawie nadania kompetencji publicznych nie przynależy do dziedziny transakcji gospodarczych, sam fakt, że organ władzy publicznej zostaje zwolniony z danych kompetencji, które wcześniej były mu powierzone, sprawia, że po stronie tego organu znika cały interes gospodarczy polegający na realizacji zadań leżących w tych kompetencjach.

- 45 Tak więc przeniesienie środków wykorzystywanych do wykonywania tych kompetencji, przekazywanych przez organ, który oddaje odpowiedzialność organowi je przejmującemu, nie może być rozpatrywane jako zapłata ceny, lecz stanowi logiczną, a wręcz nieuchronną konsekwencję dobrowolnego przekazania lub przymusowego przeniesienia tych kompetencji z jednego organu na drugi.
- 46 Podobnie, wynagrodzenia nie stanowi fakt, że organ inicjujący przekazanie kompetencji lub decydujący o przeniesieniu kompetencji zobowiąże się do pokrycia ewentualnych nadwyżek kosztów w stosunku do przychodów, które mogą wynikać z wykonywania tych kompetencji. Chodzi tu bowiem o gwarancję udzielaną podmiotom trzecim, która jest niezbędna w niniejszym przypadku na podstawie zasady, że organ władzy publicznej nie może podlegać postępowaniu upadłościowemu. Zaś istnienie tej zasady samo należy do organizacji wewnętrznej państwa członkowskiego.
- 47 Należy jednak podkreślić w trzeciej kolejności, że aby przekazanie kompetencji między organami władzy publicznej było uznane za akt organizacji wewnętrznej, a więc było objęte zakresem swobody państw członkowskich gwarantowanej w art. 4 ust. 2 TUE, musi ono spełnić pewne przesłanki.
- 48 W tym względzie rzeczywiście sytuacja taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym nie jest identyczna jak przypadek rozpatrywany w wyroku z dnia 20 października 2005 r., Komisja/Francja (C-264/03, EU:C:2005:620). W tamtej sprawie chodziło bowiem o ustalenie, czy rozpatrywany tam rodzaj zlecenia stanowił sporadyczne przekazanie władzy publicznej przez organ władzy publicznej danemu podmiotowi w celu realizacji projektu, który zasadniczo leżał w zakresie kompetencji innego organu, a nie przekazanie samych kompetencji. Jednak te różne rodzaje przekazania mają ten sam charakter, choć różne rozmiary, przez co podstawowa nauka płynąca z wyroku w tej sprawie może zostać zastosowana analogicznie do niniejszego przypadku.
- 49 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 53 opinii, aby przekazanie kompetencji zostało za takowe uznane, musi ono dotyczyć nie tylko odpowiedzialności związanej z przekazanymi kompetencjami, w szczególności obowiązku wypełnienia zadań wiążących się z tymi kompetencjami, lecz również uprawnień, które są z nią związane. Wymaga to, by organ władzy publicznej, któremu zostają powierzone kompetencje, miał uprawnienia do zorganizowania wykonania objętych nimi zadań, a także ustanowienia ram regulacyjnych dla tych zadań, i żeby miał autonomię finansową pozwalającą zapewnić finansowanie tych zadań. Nie jest tak natomiast, jeżeli pierwotnie kompetentny organ zachowuje główną odpowiedzialność za te same zadania, jeżeli zastrzega sobie ich nadzór finansowy lub jeżeli musi zatwierdzać wcześniej decyzje, które zamierza podjąć podmiot, który ów organ sobie pozyskał.
- 50 W tym względzie sytuacja taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym wyraźnie się różni od sytuacji, wokół której toczyła się sprawa zakończona wyrokiem z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), w której jednostka samorządu terytorialnego poprzestała na powierzeniu innej jednostce samorządu terytorialnego, za rekompensatę finansową, realizacji pewnych fizycznych zadań, zastrzegając sobie prawo kontroli ich wykonania, jak stwierdził Trybunał w pkt 41 tego wyroku.
- 51 Przekazanie kompetencji nie może więc zaistnieć, jeżeli nowo obdarzony nimi organ władzy publicznej nie wykonuje tych kompetencji w sposób autonomiczny i na własną odpowiedzialność.

- 52 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 56 opinii, taka autonomia działania nie oznacza, że ten nowy kompetentny podmiot musi pozostawać poza wszelkim wpływem jakiegokolwiek innego podmiotu publicznego. Podmiot przekazujący kompetencje może bowiem zachować określone prawa nadzoru nad zadaniami związanymi z tą publiczną usługą. Jednakże wpływ taki wyklucza co do zasady jakiekolwiek wkraczanie w konkretne sposoby realizacji zadań objętych zakresem przekazanych kompetencji. W sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym wpływ tego rodzaju może być wywierany za pośrednictwem organu, takiego jak walne zgromadzenie, złożonego z przedstawicieli wcześniej właściwych jednostek samorządu terytorialnego.
- 53 Autonomia działania nie oznacza też, że zarządzone przeniesienie kompetencji czy dobrowolne przekazanie kompetencji muszą być nieodwracalne. Jak bowiem wskazano w pkt 39 niniejszego wyroku, podziału kompetencji w państwie członkowskim nie można uznawać za ustanowiony na stałe, więc można wyobrazić sobie kolejne zmiany. Należy także wskazać, że sytuacje rozpatrywane w wyroku z dnia 20 października 2005 r., Komisja/Francja (C-264/03, EU:C:2005:620), nie miały charakteru stałego, gdyż chodziło o sporadyczne przypadki przekazania władzy publicznej danemu podmiotowi w celu realizacji projektu, który zasadniczo leżał w zakresie kompetencji innego podmiotu, który to podmiot zachował te kompetencje co do zasady. Sytuacje te należałoby uznać za niepodlegające prawu zamówień publicznych, gdyby nie nosiły cech wskazanych przez Trybunał w pkt 54 tego wyroku, które sprawiły, iż uznano, że w tamtym przypadku nie nastąpiło rzeczywiste przekazanie kompetencji. Zatem, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 54 opinii, nic nie sprzeciwia się temu, by kompetencje przekazane lub przeniesione w ramach reorganizacji usług publicznych zostały później znowu przekazane lub przeniesione przy kolejnej reorganizacji.
- 54 Wreszcie, aby ogarnąć wszystkie podnoszone przez sąd odsyłający aspekty, należy przypomnieć, że dopuszczenie lub zakaz wykonywania przez podmioty publiczne państw członkowskich lub niektóre ich kategorie działalności rynkowej, poza ich działalnością prowadzoną w interesie ogólnym, podlega wewnętrznym uregulowaniom państw członkowskich, które same powinny oceniać, czy taka działalność jest zgodna z instytucjonalnymi i statutowymi celami tych podmiotów (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMA, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 48). Tym samym to, czy podmioty publiczne, których dotyczy przekazanie kompetencji, mogą prowadzić pewną działalność na rynku, również jest kwestią wewnętrznej organizacji państw członkowskich, a poza tym jest nieistotne w odniesieniu do charakteru takiego przekazania, jeżeli spełnione są przesłanki określone w pkt 47–51 niniejszego wyroku.
- 55 Ze wszystkich tych względów na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć następująco:
- art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie jest zamówieniem publicznym porozumienie zawarte przez dwie jednostki samorządu terytorialnego, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, na podstawie którego jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o przekazaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego;
 - jednak takie przekazanie kompetencji w zakresie realizacji zadań publicznych następuje wyłącznie wówczas, gdy dotyczy ono jednocześnie obowiązków związanych z przekazanymi kompetencjami oraz towarzyszących im uprawnień, tak aby ten nowy kompetentny organ władzy publicznej miał autonomię decyzyjną i finansową, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

W przedmiocie pytania drugiego

- 56 W świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

W przedmiocie kosztów

- 57 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 (trzecia izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie jest zamówieniem publicznym porozumienie zawarte przez dwie jednostki samorządu terytorialnego, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, na którego podstawie jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o przekazaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego.

Jednak takie przekazanie kompetencji w zakresie realizacji zadań publicznych następuje wyłącznie wówczas, gdy dotyczy ono jednocześnie obowiązków związanych z przekazanymi kompetencjami oraz towarzyszących im uprawnień, tak aby ten nowy kompetentny organ władzy publicznej miał autonomię decyzyjną i finansową, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

1 Język postępowania: niemiecki.