

**orzeczenie z dnia 21 marca 2019 r. w sprawach
połączonych C-266/17 i C-267/17 *Verkehrsbetrieb
Hüttebräucker i BVR Busverkehr Rheinland***

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 21 marca 2019 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Transport – Usługi publiczne w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego – Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 – Artykuł 5 ust. 1 i 2 – Bezpośrednie udzielenie zamówienia – Umowy o świadczenie usług w zakresie autobusowego i tramwajowego pasażerskiego transportu publicznego – Warunki – Dyrektywa 2004/17/WE – Dyrektywa 2004/18/WE

W sprawach połączonych C-266/17 i C-267/17

mających za przedmiot dwa wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczeń w trybie prejudycjalnym, złożone przez Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie, Niemcy) postanowieniami z dnia 3 maja 2017 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 17 maja 2017 r., w postępowaniach:

Rhein-Sieg-Kreis

przeciwko

Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH,

BVR Busverkehr Rheinland GmbH,

przy udziale

Regionalverkehr Köln GmbH (C-266/17),

oraz

Rhenus Veniro GmbH & Co. KG

przeciwko

Kreis Heinsberg,

przy udziale

WestVerkehr GmbH (C-267/17),

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes siódmej izby, pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, K. Jürimäe, C. Lycourgos, E. Juhász (sprawozdawca) i C. Vajda, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: L. Carrasco Marco, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 31 maja 2018 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Rhein-Sieg-Kreis przez G. Landsberga i J. Strußa, Rechtsanwälte,
- w imieniu Rhenus Veniro GmbH & Co. KG przez C. Antweilera, Rechtsanwalt,
- w imieniu Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH przez C. Antweilera, Rechtsanwalt,
- w imieniu BVR Busverkehr Rheinland GmbH przez W. Tresselta, Rechtsanwalt,
- w imieniu Kreis Heisberg przez S. Schaefera, M. Weber i D. Marszalka, Rechtsanwälte,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez W. Möllsa i P. Ondrůška oraz J. Hottiaux, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 13 września 2018 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wnioski o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. 2007, L 315, s. 1).
- 2 Wnioski te zostały złożone w ramach dwóch sporów, z których pierwszy toczy się między Rhein-Sieg-Kreis (powiatem Rhein-Sieg-Kreis, Niemcy) a spółkami Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH i BVR Busverkehr Rheinland GmbH, a drugi między spółką Rhenus Veniro GmbH & Co. KG (zwaną dalej „Rhenus Veniro”) a Kreis Heinsberg (powiatem Heinsberg, Niemcy) w przedmiocie przewidywanego bezpośredniego udzielenia zamówień publicznych na usługi autobusowego transportu pasażerskiego.

Ramy prawne

Rozporządzenie nr 1370/2007

3 Artykuł 1 rozporządzenia nr 1370/2007, zatytułowany „Cel i zakres stosowania”, stanowi:

„1. Celem niniejszego rozporządzenia jest określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa wspólnotowego, właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które miałyby m.in. bardziej masowy charakter, byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością lub niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych.

W tym celu niniejsze rozporządzenie określa warunki, na podstawie których właściwe organy, nakładając zobowiązania do świadczenia usług publicznych lub zawierając umowy dotyczące wykonywania tych zobowiązań, rekompensują podmiotom świadczącym usługi publiczne poniesione koszty lub przyznają wyłączne prawa w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia wspomnianych usług.

2. Niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie do usług publicznych świadczonych w kraju lub na skalę międzynarodową w sektorze transportu pasażerskiego koleją oraz innymi środkami transportu szynowego i drogowego, z wyjątkiem usług świadczonych przede wszystkim ze względu na ich znaczenie historyczne lub atrakcyjność turystyczną.
[...]

[...]”.

4 Artykuł 2 tego rozporządzenia, zatytułowany „Definicje”, ma następujące brzmienie:

„Na użytek niniejszego rozporządzenia:

a) »pasażerski transport publiczny« oznacza usługi transportu pasażerskiego o ogólnym znaczeniu gospodarczym świadczone publicznie w sposób niedyskryminacyjny i ciągły;

b) »właściwy organ« oznacza organ publiczny lub grupę organów publicznych państwa członkowskiego lub państw członkowskich uprawnione do ingerowania w publiczny transport pasażerski na danym obszarze geograficznym, lub instytucję posiadającą takie uprawnienia;

c) »właściwy organ lokalny« oznacza właściwe organy, których właściwość miejscowa nie obejmuje całego kraju;

[...]

h) »bezpośrednie udzielenie zamówienia« oznacza udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych danemu podmiotowi świadczącemu z pominięciem wszelkiej procedury przetargowej;

i) »umowa o świadczenie usług publicznych« oznacza jeden lub kilka aktów wiążących prawnie, potwierdzających porozumienie zawarte pomiędzy właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi publiczne, w sprawie powierzenia temu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne zarządzania usługami pasażerskiego transportu publicznego podlegającymi zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych oraz świadczenie tych usług; w zależności od prawa państw członkowskich umowa może mieć również formę decyzji właściwego organu, która:

- stanowi indywidualny akt ustawodawczy lub wykonawczy, albo
 - zawiera warunki, zgodnie z którymi właściwy organ samodzielnie świadczy usługi lub powierza ich świadczenie podmiotowi wewnętrznemu;
- j) »podmiot wewnętrzny« oznacza odrębną prawnie jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami;

[...]”.

5 Artykuł 5 omawianego rozporządzenia, zatytułowany „Udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych”, przewiduje:

„1. Zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są udzielane zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozporządzeniu. Jednakże zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych określone w dyrektyw[ie] 2004/17/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 19)] lub [w dyrektywie] 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)] w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego, są udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi w tych dyrektywach, o ile takie zamówienia nie są udzielane w formie koncesji na usługi zgodnie z definicją zawartą w tych dyrektywach. W przypadku gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami [2004/17] lub [2004/18], przepisy ust. 2–6 niniejszego artykułu nie mają zastosowania.

2. O ile nie zabrania tego prawo krajowe, każdy właściwy organ lokalny – bez względu na to, czy jest to organ pojedynczy czy grupa organów świadczących usługi publiczne w zakresie zintegrowanego transportu pasażerskiego – może zdecydować, że będzie samodzielnie świadczyć usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego lub że będzie bezpośrednio udzielać zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych z odrębną prawnie jednostką podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami. W przypadku podjęcia takiej decyzji przez właściwy organ lokalny zastosowanie mają następujące przepisy:

- a) w celu stwierdzenia, czy właściwy organ lokalny sprawuje taką kontrolę, bierze się pod uwagę takie elementy, jak stopień reprezentowania w organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych, stosowne postanowienia w statutach, struktura własnościowa, wpływ na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania oraz sprawowanie nad nimi skutecznej kontroli. Zgodnie z prawem wspólnotowym posiadanie przez właściwy organ publiczny pełnej własności, w szczególności w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego, nie jest niezbędnym wymogiem sprawowania kontroli w rozumieniu niniejszego ustępu, o ile istnieje przewaga wpływu publicznego i sprawowanie kontroli można stwierdzić na podstawie innych kryteriów;
- b) niniejszy ustęp może być stosowany pod warunkiem, że podmiot wewnętrzny i każda jednostka znajdująca się pod najmniejszym nawet wpływem tego podmiotu

realizują swoje działania w zakresie pasażerskiego transportu publicznego na obszarze działania właściwego organu lokalnego – niezależnie od tego, że niektóre linie lub inne elementy składowe tej działalności mogą wchodzić na terytorium sąsiednich właściwych organów lokalnych – i że nie biorą udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie pasażerskiego transportu publicznego organizowanych poza terytorium tego właściwego organu lokalnego;

- c) niezależnie od lit. b) podmiot wewnętrzny może uczestniczyć w przetargach zapewniających uczciwą konkurencję na dwa lata przed wygaśnięciem umowy o świadczenie usług publicznych zawartej w następstwie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia, pod warunkiem że podjęto ostateczną decyzję o tym, by usługi w zakresie transportu pasażerskiego świadczone przez dany podmiot wewnętrzny zostały zlecone w drodze przetargu zapewniającego uczciwą konkurencję, oraz że ten podmiot wewnętrzny nie zawarł żadnej innej umowy w rezultacie udzielonego mu bezpośrednio zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych;
- d) w przypadku braku właściwego organu lokalnego, lit. a), b) i c) mają zastosowanie do organu krajowego właściwego miejscowo na obszarze nieobejmującym całego kraju, pod warunkiem że podmiot wewnętrzny nie bierze udziału w przetargach na świadczenie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego organizowanych poza terytorium, którego dotyczy umowa o świadczenie usług publicznych;
- e) jeżeli rozważane jest podwykonawstwo zgodnie z art. 4 ust. 7, podmiot wewnętrzny ma obowiązek samodzielnego świadczenia przeważającej części usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego.

3. Właściwe organy, które zlecają świadczenie usług osobie trzeciej niebędącej podmiotem wewnętrznym, udzielają zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w drodze przetargu, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 4, 5 i 6. Procedura przetargowa jest otwarta dla każdego podmiotu, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Po złożeniu ofert i ewentualnej preselekcji procedura ta może obejmować rokowania, zgodnie ze wspomnianymi zasadami, w celu określenia elementów najbardziej dostosowanych do specyfiki lub złożoności potrzeb.

[...]

6 Artykuł 7 tego samego rozporządzenia, zatytułowany „Publikacja”, stanowi w ust. 2, że:

„Każdy właściwy organ podejmuje niezbędne środki, aby najpóźniej rok przed rozpoczęciem procedury przetargowej lub rok przed bezpośrednim przyznaniem zamówienia zostały opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* przynajmniej następujące informacje:

- a) nazwa i adres właściwego organu;
- b) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;
- c) usługi i obszary potencjalnie objęte zamówieniem.

Właściwe organy mogą zdecydować, że informacje te nie będą publikowane, jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych dotyczy świadczenia usług publicznych

w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 50 000 kilometrów rocznie.

[...].

Dyrektywa 2004/17

7 Artykuł 1 dyrektywy 2004/17, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy mają zastosowanie definicje podane w niniejszym artykule.

2. a) »Zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi« oznaczają odpłatne umowy zawarte na piśmie pomiędzy jednym lub wieloma podmiotami zamawiającymi, wymienionymi w art. 2 ust. 2, oraz jednym lub wieloma przedsiębiorcami budowlanymi, dostawcami lub usługodawcami.

[...]

d) »Zamówienia na usługi« oznaczają zamówienia inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku XVII.

[...]

3. [...]

b) »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju [co] zamówienie na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do korzystania z usług albo takie prawo wraz z płatnością.

[...].

8 Artykuł 5 tej dyrektywy, zatytułowany „Usługi transportowe”, stanowi w ust. 1:

„Niniejsza dyrektywa dotyczy działalności obejmującej dostawę lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejowego, systemów automatycznych, tramwajów, trolejbusów, autobusów lub kolei linowych.

Odnośnie do usług transportowych [uznaje się, że sieć istnieje], jeżeli usługi są [świadczone] zgodnie z warunkami określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki [dotyczące obsługiwanych tras, zdolności przewozowej lub częstotliwości usług].”

9 Artykuł 18 niniejszej dyrektywy, zatytułowany „Koncesje na roboty budowlane i usługi”, stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na roboty budowlane i usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące jedną lub kilka działalności wymienionych w art. 3–7, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności”.

10 Artykuł 31 tej samej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia na usługi wymienione w załączniku XVII A”, przewiduje:

„Zamówienia, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku XVII A, są udzielane zgodnie z przepisami art. 34–59”.

- 11 Artykuł 32 dyrektywy 2004/17, zatytułowany „Zamówienia na usługi wymienione w załączniku XVII B”, stanowi:

„Do zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku XVII B, mają zastosowanie wyłącznie przepisy art. 34 i 43”.

- 12 Artykuł 34 tej dyrektywy, zatytułowany „Specyfikacje techniczne” określa w szczególności sposób, w jaki specyfikacje techniczne powinny być sformułowane w dokumentacji zamówienia.

- 13 Zgodnie z art. 43 wspomnianej dyrektywy, zatytułowanym „Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia”:

„1. Podmioty zamawiające, które udzieliły zamówienia lub zawarły umowę ramową, w terminie dwóch miesięcy od udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, przesyłają ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, określone w załączniku XVI, w sposób, który zostanie ustalony przez Komisję zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 68 ust. 2.

[...]

4. W przypadku zamówień na usługi wymienione w załączniku XVII B, podmioty zamawiające zaznaczają w ogłoszeniu, czy zgadzają się na publikację.

[...]”.

- 14 Załączniki XVII A i XVII B do dyrektywy 2004/17 zatytułowane, odpowiednio, „Usługi w rozumieniu art. 31” i „Usługi w rozumieniu art. 32” zawierają – każdy z nich – tabelę odsyłającą do numerów referencyjnych centralnej klasyfikacji produktów Narodów Zjednoczonych (zwanymi dalej „numerami referencyjnymi CPC”) dla zdefiniowanych w niej kategorii usług. Odnośnie do kategorii 2 załącznika XVII A, która odpowiada „usługom transportu lądowego”, numerami referencyjnymi CPC są numery 712 (z wyjątkiem 71235), 7512 i 87304. Odnośnie do kategorii 18 załącznika XVII B, która odpowiada „usługom transportu kolejowego”, numerem referencyjnym CPC jest numer 711. Numer referencyjny CPC 712 odnosi się w szczególności do regularnego oraz specjalnego miejskiego i podmiejskiego transportu pasażerskiego, jak również do regularnego międzymiastowego transportu pasażerskiego innego niż usługi międzymiastowego, miejskiego i podmiejskiego kolejowego transportu pasażerskiego, do których odnosi się numer referencyjny CPC 711.

Dyrektywa 2004/18

- 15 Zgodnie z art. 1 dyrektywy 2004/18, zatytułowanym „Definicje”:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy zastosowanie mają definicje określone w ust. 2–15 poniżej.

2. [...]

- d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

[...]

4. »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju [co] zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

[...]».

- 16 Zgodnie z art. 3 tej dyrektywy, zatytułowanym „Przyznawanie praw specjalnych lub wyłącznych: klauzula niedyskryminacji”:

„W przypadku gdy instytucja zamawiająca przyznaje podmiotowi, który nie jest instytucją zamawiającą, prawa specjalne lub wyłączne w zakresie świadczenia usług użyteczności publicznej, akt przyznający takie prawo zawiera zastrzeżenie, że podmiot, którego to dotyczy, udzielając osobom trzecim zamówień publicznych na dostawy w ramach swojej działalności, musi przestrzegać zasady niedyskryminacji w odniesieniu do przynależności państwowej”.

- 17 Artykuł 12 niniejszej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych”, przewiduje w akapicie pierwszym:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych, które zgodnie z dyrektywą [2004/17] udzielane są przez instytucje zamawiające prowadzące jeden lub wiele rodzajów działalności określonych w art. 3–7 tej dyrektywy, w celu prowadzenia tej działalności, ani do zamówień publicznych wyłączonych z zakresu wspomnianej dyrektywy na mocy jej art. 5 ust. 2 oraz art. 19, 26 i 30”.

- 18 Artykuł 17 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Koncesje na usługi”, ma następujące brzmienie:

„Bez uszczerbku dla zastosowania art. 3, niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na usługi określonych w art. 1 ust. 4”.

- 19 Artykuł 20 tej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia na usługi wymienione w załączniku II A”, przewiduje:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II A, udziela się zgodnie z przepisami art. 23–55”.

- 20 Artykuł 21 niniejszej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia na usługi wymienione w załączniku II B”, stanowi:

„Proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B, regulują wyłącznie przepisy art. 23 i [art.] 35 ust. 4”.

- 21 Załączniki II A i II B do tej samej dyrektywy zawierają tabelę podobną do tabel, które figurują odpowiednio w załączniku XVII A i w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17.

Dyrektywa 2014/24/UE

- 22 Zgodnie z art. 91 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65) dyrektywa 2004/18 została uchylona i zastąpiona dyrektywą 2014/24 ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r.

23 Artykuł 12 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego”, przewiduje:

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

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

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

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

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

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

ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

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

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

4. [Do umowy zawartej wyłącznie między co najmniej dwiema instytucjami zamawiającymi nie stosuje się] niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz
- c) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy.

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

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

Dyrektywa 2014/25/UE

- 24 Zgodnie z art. 107 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243), dyrektywa 2004/17 została uchylona i zastąpiona dyrektywą 2014/25 ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r.
- 25 Artykuł 28 dyrektywy 2014/25, zatytułowany „Zamówienia między instytucjami zamawiającymi”, zawiera przepisy zasadniczo podobne do przepisów art. 12 dyrektywy 2014/24.

Postępowania główne i pytania prejudycjalne

Sprawa C-266/17

- 26 Powiat Rhein-Sieg-Kreis jest jednostką samorządu terytorialnego mającą status właściwego organu w rozumieniu art. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1370/2007, która utworzyła, wraz z innymi jednostkami samorządu terytorialnego mającymi taki sam status, Zweckverband Verkehrsverbund Rhein-Sieg (związek celowy przedsiębiorstw transportu Rhein-Sieg, Niemcy) w celu wspólnego wykonywania zadań określonych w Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen (ustawie o miejskim pasażerskim transporcie publicznym w Nadrenii Północnej-Westfalii).
- 27 W myśl swoich statutów ten związek celowy zajmuje się w szczególności ustalaniem taryf.
- 28 Regionalverkehr Köln GmbH jest spółką transportu publicznego, której bezpośrednimi lub pośrednimi właścicielami są podmioty realizujące zadania w zakresie transportu pasażerskiego, a jednym z nich jest powiat Rhein-Sieg-Kreis.
- 29 Regionalverkehr Köln wykonuje – na podstawie zadań powierzonych jej w okresie przed wejściem w życie rozporządzenia nr 1370/2007 – usługi transportu publicznego na rzecz powiatu Rhein-Sieg-Kreis oraz na rzecz innych podmiotów mających pośrednio lub bezpośrednio udziały w jej kapitale. Poza tą działalnością spółka ta wykonuje usługi transportu autobusowego na rzecz czterech gmin organizujących własne miejskie sieci autobusowe na podstawie umów zawartych przed wejściem w życie wspomnianego rozporządzenia z pominięciem procedury przetargowej.
- 30 W dniu 21 sierpnia 2015 r. zgromadzenie wspólników Regionalverkehr Köln uchwaliło zmianę w umowie tej spółki tak, aby w celu zawarcia, zmiany lub zakończenia umowy o świadczenie usług transportowych prawo głosowania posiadał jedynie wspólnik, który udziela zamówienia publicznego na usługi transportowe zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 lub którego bezpośredni lub pośredni właściciel udziela zamówienia na takie usługi. Postanowienie odsyłające wyjaśnia, że prawomocnym wyrokiem Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie, Niemcy) uchwała ta stała się tymczasowo bezskuteczna.
- 31 Z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że zgodnie z art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 powiat Rhein-Sieg-Kreis opublikował w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* w dniu 30 września 2015 r. wstępne ogłoszenie informacyjne dotyczące przewidywanego bezpośredniego udzielenia zamówienia na usługi pasażerskiego transportu publicznego, które nie są udzielane w formie koncesji na usługi w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18.
- 32 Zamówienie to, które dotyczyło przejazdów na trasach o długości kilku milionów kilometrów rocznie, miało zostać udzielone spółce Regionalverkehr Köln jako podmiotowi wewnętrznemu, zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 na okres 120 miesięcy począwszy od dnia 12 grudnia 2016 r.
- 33 Po publikacji wspomnianego ogłoszenia Verkehrsbetrieb Hüttebräucker i BVR Busverkehr Rheinland zakwestionowały przed Vergabekammer (izbą ds. zamówień publicznych, Niemcy) rozważane bezpośrednio udzielenie zamówienia, podnosząc w szczególności, że zamówienie rozpatrywane w postępowaniu głównym nie jest objęte zakresem stosowania art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, ponieważ nie jest udzielane w formie koncesji na usługi.

- 34 Vergabekammer (izba ds. zamówień publicznych) zakazała bezpośredniego udzielenia zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym spółce Regionalverkehr Köln z uwagi na to, że nie zostały spełnione warunki stosowania art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007. W tym względzie podniosła ona, że powiat Rhein-Sieg-Kreis nie sprawował nad tą spółką kontroli i że ponadto świadczenie przez tę spółkę usług w zakresie pasażerskiego transportu publicznego miało miejsce poza terytorium wspomnianej jednostki samorządu terytorialnego, co stanowiło przeszkodę w bezpośrednim udzieleniu zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy na usługi transportowe.
- 35 Powiat Rhein-Sieg-Kreis wniósł odwołanie do Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie).
- 36 Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie) podnosi, że odnośnie do zamówień publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, które nie są udzielane w formie koncesji na usługi, art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 jest przedmiotem rozbieżnego orzecznictwa na szczeblu krajowym.
- 37 Otóż zdaniem niektórych sądów przepis ten nie ma zastosowania do umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego i tramwajowego transportu pasażerskiego, które nie są one udzielane w formie koncesji na usługi, ponieważ art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 wyraźnie przewiduje, że umowy te podlegają dyrektywom 2004/17 i 2004/18, co jednak nie stoi na przeszkodzie temu, aby mogły być przedmiotem bezpośredniego udzielenia zamówień zgodnie z ogólnym systemem ustanowionym na podstawie tych dyrektyw.
- 38 Natomiast inne sądy, w tym sam Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie), są zdania, że ponieważ bezpośrednio udzielenie zamówień prowadzących do zawarcia umów nie podlega przepisom dyrektyw 2004/17 i 2004/18, to art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, który reguluje bezpośrednio udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług transportu pasażerskiego, należy stosować, jako przepis szczególny i zgodnie z wyrokiem z dnia 27 października 2016 r., Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), do bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług autobusowego transportu pasażerskiego, nawet jeśli umowy te nie są udzielane w formie koncesji na usługi publiczne.
- 39 Mając na uwadze taką rozbieżność wykładni, Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie) zastanawia się, czy art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 znajduje co do zasady zastosowanie w sprawie takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.
- 40 Ponadto w przypadku odpowiedzi twierdzącej sąd ten zastanawia się, czy przepis ten ma być rzeczywiście stosowany w sprawie będącej przedmiotem postępowania głównego, biorąc pod uwagę specyficzne i konkretne okoliczności wspomniane w postanowieniu odsyłającym, oraz pyta, w jakim momencie muszą być spełnione warunki stosowania tego przepisu.
- 41 W tych okolicznościach Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 ma zastosowanie do zamówień, które w rozumieniu art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze tego rozporządzenia nie są

udzielane w formie koncesji na usługi zgodnie z dyrektywami [2004/17] i [2004/18]?

W przypadku twierdzącej odpowiedzi na pytanie pierwsze:

- 2) Czy, jeżeli pojedynczy właściwy organ, o którym mowa w art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, udziela zamówienia publicznego na usługi bezpośrednio podmiotowi wewnętrznemu, wspólnej kontroli tego organu wraz z innymi współnikami podmiotu wewnętrznego sprzeciwia się sytuacja, w której uprawnienie do ingerowania w publiczny transport pasażerski na określonym obszarze geograficznym [art. 2 lit. b) i c) rozporządzenia nr 1370/2007] jest podzielone między pojedynczym właściwym organem i grupą organów świadczących usługi w zakresie zintegrowanego transportu pasażerskiego, przykładowo w ten sposób, że uprawnienie do udzielania zamówień publicznych na usługi podmiotowi wewnętrznemu przysługuje pojedynczemu właściwemu organowi, zaś zadanie w zakresie taryfy zostaje powierzone związkowi celowemu, którego członkami są oprócz rzeczzonego pojedynczego organu inne właściwe terytorialnie organy?
- 3) Czy jeżeli pojedynczy właściwy organ, o którym mowa w art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, udziela zamówienia publicznego na usługi bezpośrednio podmiotowi wewnętrznemu, wspólnej kontroli tego organu wraz z innymi współnikami podmiotu wewnętrznego sprzeciwia się sytuacja, w której zgodnie z umową spółki rzeczzonego podmiotu wewnętrznego w przypadku podejmowania uchwał w sprawie zawarcia, zmiany lub zakończenia umowy na podstawie zamówienia publicznego na usługi, o którym mowa w art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, prawo głosu przysługuje wyłącznie temu współnikowi, który samodzielnie lub którego pośredni lub bezpośredni właściciel udziela zamówienia publicznego na usługi podmiotowi wewnętrznemu zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007?
- 4) Czy art. 5 ust. 2 zdanie drugie lit. b) rozporządzenia nr 1370/2007 zezwala na wykonywanie przez podmiot wewnętrzny usług pasażerskiego transportu publicznego również na rzecz innych właściwych organów lokalnych na ich terytoriach (w tym na niektórych liniach lub innych elementach składowych tej działalności, które mogą wchodzić na terytorium sąsiednich właściwych organów lokalnych), jeżeli nie są one udzielane w zorganizowanej procedurze przetargowej?
- 5) Czy art. 5 ust. 2 zdanie drugie lit. b) rozporządzenia nr 1370/2007 zezwala na wykonywanie przez podmiot wewnętrzny usług pasażerskiego transportu publicznego poza obszarem właściwości miejscowej organu udzielającego temu podmiotowi zamówienia na rzecz innych podmiotów realizujących zadania publiczne na podstawie zamówień na usługi objętych przepisem przejściowym art. 8 ust. 3 tego rozporządzenia?
- 6) W jakim momencie muszą być spełnione warunki określone w art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007?"

Sprawa C-267/17

- 42 Powiat Heinsberg jest jednostką samorządu terytorialnego mającą status właściwego organu w rozumieniu art. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1370/2007 i wraz z innymi jednostkami samorządu terytorialnego jest członkiem Zweckverband Aachener Verkehrsverbund (związku celowego przedsiębiorstw transportu w Akwizgranie,

Niemcy), który został utworzony w celu promowania i wspierania lokalnego publicznego transportu pasażerskiego jego członków.

- 43 Z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że zgodnie z art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 powiat Heinsberg opublikował w dniu 15 marca 2016 r. w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* wstępne ogłoszenie informacyjne dotyczące przewidywanego bezpośredniego udzielenia zamówienia na usługi pasażerskiego transportu publicznego autobusami i innymi pojazdami silnikowymi.
- 44 To wstępne ogłoszenie informacyjne przewidywało, że zamówienie to, dotyczące kilku milionów kilometrów, którego wykonanie miało rozpocząć się w dniu 1 stycznia 2018 r., zostanie udzielone bezpośrednio na rzecz podmiotu wewnętrznego, tj. w niniejszym przypadku na rzecz spółki WestVerkehr GmbH, zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007.
- 45 Rhenus Veniro zakwestionowała w drodze skargi wspomniane przewidywane udzielenie bezpośredniego zamówienia do Vergabekammer Rheinland (izby ds. zamówień publicznych Nadrenii, Niemcy), która skargę tę oddaliła.
- 46 Rhenus Veniro wniosła odwołanie do Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie), podnosząc, że w dziedzinie usług publicznych w zakresie autobusowego i tramwajowego transportu pasażerskiego art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 znajduje zastosowanie wyłącznie w wypadkach, w których dane umowy są udzielane w formie koncesji na usługi.
- 47 Z tych samych powodów co powody przywołane w sprawie C-266/17 sąd ten zastanawia się, czy art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 znajduje co do zasady zastosowanie w sprawie takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym w sprawie C-267/17.
- 48 Ponadto w przypadku odpowiedzi twierdzącej sąd ten zastanawia się, czy przepis ten ma być rzeczywiście stosowany w sprawie będącej przedmiotem postępowania głównego, biorąc pod uwagę specyficzne i konkretne okoliczności wspomniane w postanowieniu odsyłającym, oraz pyta, w jakim momencie muszą być spełnione warunki stosowania tego przepisu.
- 49 W tych okolicznościach Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 ma zastosowanie do bezpośrednio udzielanych zamówień publicznych na usługi w rozumieniu art. 2 lit. i) tego rozporządzenia, które nie są udzielane w formie koncesji na usługi w rozumieniu art. 5 ust. 1 zdanie drugie tego rozporządzenia zgodnie z dyrektywami [2004/17] i [2004/18]?

W przypadku twierdzącej odpowiedzi na pytanie pierwsze:

2) Czy art. 2 lit. b) i art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 przyjmują poprzez wyraz »lub« wyłączną właściwość bądź pojedynczego organu, bądź grupy organów, czy też zgodnie z tymi przepisami pojedynczy organ może być również członkiem grupy organów i powierzyć grupie poszczególne zadania, pozostając jednakże jednocześnie uprawnionym do ingerowania zgodnie z art. 2 lit. b) i będąc

właściwym organem lokalnym w rozumieniu art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007?

- 3) Czy art. 5 ust. 2 zdanie drugie lit. e) rozporządzenia nr 1370/2007 ustanawiający obowiązek samodzielnego świadczenia przeważającej części usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego wyłącza zlecenie przez podmiot wewnętrzny świadczenia tej przeważającej części usług przez spółkę zależną, w której podmiot ten posiada 100% udziałów?
 - 4) W jakim momencie muszą być spełnione warunki bezpośredniego udzielenia zamówienia określone w art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007: czy już w momencie ogłoszenia o zamiarze bezpośredniego udzielenia zamówienia zgodnie z art. 7 tego rozporządzenia, czy też dopiero w momencie samego bezpośredniego udzielenia zamówienia?”.
- 50 Decyzją prezesa Trybunału z dnia 6 marca 2018 r. sprawy C-266/17 i C-267/17 zostały połączone do celów ustnego etapu postępowania i wydania wyroku.

W przedmiocie wniosku o otwarcie na nowo ustnego etapu postępowania

- 51 Pismami złożonymi w sekretariacie Trybunału w dniu 20 września 2018 r. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker i BVR Busverkehr Rheinland w sprawie C-266/17 oraz Rhenus Veniro w sprawie C-267/17 wnieśli o zarządzenie otwarcia ustnego etapu postępowania na nowo na podstawie art. 83 regulaminu postępowania przed Trybunałem.
- 52 Na poparcie swoich żądań Verkehrsbetrieb Hüttebräucker i Rhenus Veniro podnoszą, że wykładnia art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 przyjęta przez rzecznika generalnego w opinii nie uwzględnia w wystarczającym stopniu argumentów przedstawionych w szczególności na rozprawie, które przemawiają przeciwko tej wykładni. Ponadto niektóre argumenty przedstawione w uwagach na piśmie, w szczególności dotyczące znaczenia art. 9 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 dla wykładni art. 5 ust. 2 tego rozporządzenia, nie były przedmiotem dyskusji na rozprawie.
- 53 Co do BVR Busverkehr Rheinland, to uważa ona, że rzecznik generalny niesłusznie uznał, że pytanie trzecie zadane przez sąd odsyłający w sprawie C-266/17 mogło być hipotetyczne, mimo że zmiana dokonana w umowie spółki Regionalverkehr Köln w dniu 21 sierpnia 2015 r. obecnie obowiązuje.
- 54 W tym względzie należy przypomnieć z jednej strony, że statut Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz regulamin postępowania przed Trybunałem nie dają zainteresowanym, o których mowa w art. 23 tego statutu, możliwości przedkładania uwag w odpowiedzi na opinię przedstawioną przez rzecznika generalnego (wyrok z dnia 6 marca 2018 r., Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 55 Z drugiej strony, zgodnie z art. 252 akapit drugi TFUE rzecznik generalny publicznie przedstawia, przy zachowaniu całkowitej bezstronności i niezależności, uzasadnione opinie w sprawach, które zgodnie ze statutem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wymagają jego zaangażowania. Trybunał nie jest związany ani tą opinią, ani jej uzasadnieniem. W konsekwencji okoliczność, że jedna z zainteresowanych stron nie zgadza się z opinią rzecznika generalnego, bez względu na to, jakie kwestie poruszono w tej opinii, nie może sama w sobie stanowić powodu uzasadniającego

otwarcie ustnego etapu postępowania na nowo (wyrok z dnia 6 marca 2018 r., Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 56 Niemniej jednak Trybunał może w każdej chwili, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, postanowić o otwarciu ustnego etapu postępowania na nowo, zgodnie z art. 83 regulaminu postępowania, w szczególności jeśli uzna, że okoliczności zawisłej przed nim sprawy nie są wystarczająco wyjaśnione, lub też jeśli sprawa ma zostać rozstrzygnięta na podstawie argumentu, który nie był przedmiotem dyskusji między zainteresowanymi (wyrok z dnia 6 marca 2018 r., Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 57 W niniejszym wypadku należy zauważyć, że Verkehrsbetrieb Hüttebräucker, BVR Busverkehr Rheinland i Rhenus Veniro, wnosząc o otwarcie ustnego etapu postępowania na nowo, kwestionują opinię rzecznika generalnego, posługując się argumentami, które zostały już przedstawione w ich uwagach złożonych na piśmie lub na rozprawie.
- 58 A zatem, ponieważ Trybunał dysponuje, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, wszystkimi informacjami niezbędnymi do orzeczenia w przedmiocie wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, to wnioski o zarządzenie otwarcia ustnego etapu postępowania na nowo należy odrzucić.

W przedmiocie dopuszczalności

- 59 W sprawie C-266/17 Republika Austrii podnosi, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny z uwagi na to, że sąd odsyłający nie sprecyzował w postanowieniu odsyłającym, jakiego środka transportu dotyczy zamówienie publiczne rozpatrywane w postępowaniu głównym, w związku z czym nie wiadomo, czy rozpatrywany transport to usługa transportu pasażerskiego kolejowego czy autobusowego, czy też może usługa łącząca oba środki transportu.
- 60 W sprawie C-267/17 Republika Austrii uważa, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest w części niedopuszczalny, ponieważ według ustaleń sądu odsyłającego zamówienie publiczne rozpatrywane w postępowaniu głównym dotyczy nie tylko autobusów, ale także innych pojazdów silnikowych. Rhenus Veniro również podnosi niedopuszczalność pytania pierwszego w tej sprawie z uwagi na to, że jest hipotetyczne.
- 61 W niniejszym wypadku, jeśli chodzi o sprawę C-266/17, jest prawdą, że postanowienie odsyłające nie precyzuje wyraźnie, że zamówienie publiczne rozpatrywane w postępowaniu głównym dotyczy autobusowych usług transportowych.
- 62 Jednak z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, a w szczególności ze wstępnego ogłoszenia informacyjnego z dnia 30 września 2015 r., o którym mowa w postanowieniu odsyłającym, wynika, że sprawa C-266/17 dotyczy zamówień publicznych na usługi autobusowego transportu pasażerskiego.
- 63 Jeśli chodzi o sprawę C-267/17, to nawet jeśli zamówienie publiczne rozpatrywane w postępowaniu głównym dotyczy zamówienia na usługi pasażerskiego transportu publicznego autobusami i innymi pojazdami silnikowymi, to wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pozostaje adekwatny w odniesieniu do usług autobusowego transportu pasażerskiego, wobec czego Trybunał udzieli odpowiedzi w oparciu o tę przesłankę.

- 64 Ponadto, i w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Rhenus Veniro, postanowienie odsyłające wyraźnie podkreśla znaczenie pierwszego pytania zadanego w tej sprawie w zakresie, w jakim sąd odsyłający stwierdza, że spór przed nim zawisły dotyczy bezpośredniego udzielenia zamówienia na usługi autobusowego pasażerskiego transportu publicznego, i zastanawia się, jaki reżim prawny znajduje zastosowanie w odniesieniu do takiego bezpośredniego udzielenia zamówienia.
- 65 W związku z powyższym dwa wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym są dopuszczalne.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 66 Poprzez pytanie pierwsze w sprawie C-266/17 i pytanie pierwsze w sprawie C-267/17 sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 ma zastosowanie do bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego, które nie jest udzielane w formie koncesji na usługi w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18.
- 67 W tym względzie należy zauważyć, że o ile art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 przewiduje w zdaniu pierwszym, że „[z]amówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są udzielane zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozporządzeniu”, to w zdaniu drugim dodaje, że „[j]ednakże zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych określone w dyrektywach [2004/17] lub [2004/18] w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego, są udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi w tych dyrektywach, o ile takie zamówienia nie są udzielane w formie koncesji na usługi zgodnie z definicją zawartą w tych dyrektywach”, i uściśla w zdaniu trzecim, że „[w] przypadku gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami [2004/17] lub [2004/18], przepisy ust. 2–6 niniejszego artykułu nie mają zastosowania”.
- 68 W niniejszym wypadku, w dwóch sprawach będących przedmiotem postępowań głównych, sąd odsyłający wydaje się rozważać hipotezę, że bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych autobusowego transportu pasażerskiego, w wypadkach gdy umowy te nie są udzielane w formie koncesji na usługi, nie regulują przepisy proceduralne w sprawie udzielania zamówień publicznych przewidziane w dyrektywach 2004/17 i 2004/18, ale przepisy art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, gdyż te ostatnie przepisy, jako stanowiące *lex specialis*, zastępują ogólne zasady dotyczące bezpośredniego udzielania zamówień.
- 69 Należy jednakże zauważyć, że ogólna systematyka i geneza przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie mogą prowadzić do takiej wykładni.
- 70 W tym względzie należy stwierdzić, że – jak podkreśliła to Komisja w swoich uwagach – na podstawie art. 5 i 31 dyrektywy 2004/17 w związku z kategorią 2 załącznika XVII A do tej dyrektywy, jak również na podstawie art. 12 i 20 dyrektywy 2004/18 w związku z kategorią 2 załącznika II A do tej dyrektywy, umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego i tramwajowego transportu pasażerskiego podlegają w całości procedurom udzielania zamówień publicznych przewidzianym przez te dyrektywy. Natomiast usługi transportu kolejną lub metrem podlegają, na podstawie art. 5 i 32 dyrektywy 2004/17 w związku z kategorią 18 załącznika XVII B do tej dyrektywy oraz na podstawie art. 21 dyrektywy 2004/18 w związku z kategorią 18 załącznika II B do tej dyrektywy, jedynie bardzo nielicznym przepisom tych dyrektyw, w szczególności art. 34

i 43 dyrektywy 2004/17 oraz art. 23 i 35 dyrektywy 2004/18. Co do koncesji na usługi transportowe, to nie podlegają one żadnemu przepisowi dyrektywy 2004/17, zgodnie z art. 18 tej dyrektywy, oraz, na podstawie art. 17 dyrektywy 2004/18, podlegają jedynie art. 3 tej dyrektywy.

- 71 Otóż to koncesje na usługi i umowy o świadczenie usług transportu pasażerskiego koleją lub metrem są poddane – na mocy art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 – zasadom określonym w ust. 2–6 tego rozporządzenia, które w odniesieniu do umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego i tramwajowego transportu pasażerskiego odsyła do dyrektyw 2004/17 i 2004/18.
- 72 Wynika z tego, że w braku zasad regulujących w tych dyrektywach właśnie udzielanie zamówień publicznych prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług transportu pasażerskiego koleją lub metrem jak również udzielanie zamówień w formie koncesji na usługi ustawodawca Unii w ramach art. 5 ust. 2–6 rozporządzenia nr 1370/2007 ustanowił szczególny zbiór zasad udzielania zamówień mających zastosowanie do wspomnianych zamówień i koncesji, w tym w odniesieniu do bezpośredniego udzielania takich zamówień.
- 73 Tymczasem, ponieważ umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego i tramwajowego transportu pasażerskiego, które nie są udzielane w formie koncesji, zostały już poddane, jak wynika z pkt 70 niniejszego wyroku, przed przyjęciem rozporządzenia nr 1370/2007 dyrektywom 2004/17 i 2004/18, nie było potrzeby przyjmowania nowej regulacji dotyczącej udzielania zamówień prowadzących do zawierania takich umów, do których w konsekwencji nadal zastosowanie mają, stosownie do przypadku, dyrektywa 2004/17 bądź dyrektywa 2004/18.
- 74 W tym względzie należy zauważyć, że orzecznictwo dotyczące bezpośredniego udzielania zamówień publicznych rozwinęło się na podstawie i z uwzględnieniem tych dyrektyw, co oznacza, że w tych ostatnich system bezpośredniego udzielenia zamówień znajduje swoje źródło i uzasadnienie.
- 75 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału system bezpośredniego udzielania zamówień, który znajduje zastosowanie w sytuacjach objętych zakresem stosowania dyrektyw 2004/17 i 2004/18, stanowi wyjątek od stosowania procedur przewidzianych przez te dyrektywy (zob. podobnie wyrok z dnia 8 maja 2014 r., *Datenlotsen Informationssysteme*, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 25) i jest w związku z tym nierozdzielnie związane z tymi dwoma tekstami i ich systemem prawnym.
- 76 Otóż w wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., *Teckal* (C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50) – będącym pierwszym wyrokiem, który uznał, że specyfika bezpośredniego udzielania zamówień uzasadnia niestosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych – Trybunał orzekł, że jeśli w kontekście stosowania tych przepisów zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 1993, L 199, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 2, s. 110) co do zasady wystarczy, że zamówienie zostało zawarte między z jednej strony jednostką samorządu terytorialnego a z drugiej strony podmiotem prawnie od niej odrębnym, to może być inaczej w sytuacji, w której władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, sprawuje nad daną jednostką odrębną kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i gdy ta prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującego nad nią kontrolę organu lub organów władzy. W następstwie tego wyroku Trybunał uściślił przesłanki stosowania tego systemu, w szczególności w wyrokach z dnia 11 stycznia 2005 r., *Stadt Halle i RPL Lochau* (C-26/03, EU:C:2005:5), i z dnia 11 maja 2006 r., *Carbotermo i Consorzio Alisei*

(C-340/04, EU:C:2006:308), a następnie, w kontekście dyrektyw 2004/17 i 2004/18, w wyrokach: z dnia 10 września 2009 r., Sea (C-573/07, EU:C:2009:532), i z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303).

- 77 Ponadto należy zauważyć, że dyrektywy 2014/24 i 2014/25, które uchylły i zastąpiły, odpowiednio, dyrektywy 2004/18 i 2004/17, pierwsza w art. 12, a druga w art. 28, ujęły w ramy prawne i doprecyzowały orzecznictwo Trybunału w dziedzinie bezpośredniego udzielania zamówień.
- 78 Ta kodyfikacja ogólnych zasad dotyczących bezpośredniego udzielania zamówień, nawet jeśli nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniach głównych, wyraźnie ukazuje, że ustawodawca Unii zamierzał powiązać te zasady z dyrektywami 2014/24 i 2014/25.
- 79 To włączenie ogólnych zasad dotyczących bezpośredniego udzielania zamówień do zakresu stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych oznacza, że praktycznie każde skorzystanie z tego typu zamówienia zakłada stosowanie wspomnianych dyrektyw.
- 80 Wynika z tego, że art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 nie ma zastosowania do bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego, które nie są udzielane w formie koncesji na usługi.
- 81 Mając na uwadze powyższe rozważania, na pytanie pierwsze w sprawie C-266/17 i na pytanie pierwsze w sprawie C-267/17 należy odpowiedzieć, że art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 nie ma zastosowania do bezpośredniego udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego, które nie są udzielane w formie koncesji na usługi w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18.
- 82 Ponieważ na pytanie pierwsze w sprawie C-266/17 i na pytanie pierwsze w sprawie C-267/17 udzielono odpowiedzi przeczącej, to nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pozostałe pytania.

W przedmiocie kosztów

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

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

Artykuł 5 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego nie ma zastosowania do bezpośredniego udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego, które nie są udzielane w formie koncesji na usługi w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające

w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz 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.

Podpisy

*
- Język postępowania: niemiecki.