

orzeczenie z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15

Undis Servizi

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 8 grudnia 2016 r. [\(1\)](#)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na usługi – Udzielenie zamówienia bez wszczęcia postępowania przetargowego – Zamówienie typu „in house” – Warunki – Kontrola analogiczna – Zasadnicza część działalności – Spółka, której udzielono zamówienia, o kapitale publicznym znajdującym się w posiadaniu kilku jednostek samorządu terytorialnego – Działalność wykonywana również na rzecz jednostek samorządu terytorialnego niebędących współnikami – Działalność powierzona przez organ publiczny niebędący współnikiem

W sprawie C-553/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 25 czerwca 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 26 października 2015 r., w postępowaniu:

Undis Servizi Srl

przeciwko

Comune di Sulmona,

przy udziale:

Cogesa SpA,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

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

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Undis Servizi Srl przez S. Della Roccę, avvocato,
- w imieniu Comune di Sulmona przez G. Blandiniego oraz M. Fracassi, avvocati,
- w imieniu Cogesa SpA przez R. Colagrandego, avvocato,

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Contego oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

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

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni prawa Unii w sprawie udzielania zamówienia publicznego bez postępowania przetargowego, zwanego zamówieniem „in house”.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką Undis Servizi Srl (zwaną dalej „Undisem”) a Comune di Sulmona (gminą Sulmona, Włochy) w przedmiocie bezpośredniego udzielenia zamówienia publicznego przez tę gminę spółce Cogesa SpA.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Dyrektywa 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) ustanawia ramy prawne mające zastosowanie do instytucji zamawiających.
- 4 Artykuł 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, przewiduje w ust. 2 lit. a):

„»Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.
- 5 Obowiązujące w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych uregulowanie prawa Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych nie przewidywało możliwości bezpośredniego udzielenia zamówienia publicznego bez wszczęcia postępowania przetargowego, zwanego zamówieniem „in house”. Niemniej jednak taka możliwość została dopuszczona przez orzecznictwo Trybunału, który ustanowił również warunki w tym zakresie.
- 6 Zgodnie z odtąd utrwalonym orzecznictwem instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, jest zwolniona z obowiązku organizowania postępowania o udzielanie zamówienia publicznego pod dwoma warunkami, po pierwsze, jeżeli sprawuje ona nad wykonawcą, prawnie od niej odrębnym podmiotem, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje na swymi własnymi służbami, oraz po drugie, jeżeli podmiot ten wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz kontrolującej go instytucji zamawiającej lub kontrolujących go instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50).

- 7 Dyrektywa 2004/18 została uchylona i zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65). Zgodnie z art. 91 dyrektywy 2014/24 uchylenie dyrektywy 2004/18 stało się skuteczne z dniem 18 kwietnia 2016 r.

Prawo włoskie

- 8 Zgodnie z informacjami znajdującymi się w postanowieniu odsyłającym żaden z przepisów prawa włoskiego nie ustala warunków, jakim podlega bezpośrednie udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ prawo krajowe odsyła w tym zakresie do prawa Unii.

- 9 Artykuł 30 decreto legislativo n. 267 – Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (dekretu ustawodawczego nr 267 – tekst jednolity ustawy o systemie jednostek samorządu terytorialnego) z dnia 18 sierpnia 2000 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 162 z dnia 28 września 2000 r.) stanowi:

„1. W celu wykonywania w sposób skoordynowany określonych zadań i usług jednostki samorządu terytorialnego mogą zawierać między sobą odpowiednie porozumienia.

2. Rzeczone porozumienia powinny określać cele, czas trwania, formy konsultacji między jednostkami będącymi stronami porozumienia, ich stosunki finansowe oraz wzajemne zobowiązania i gwarancje.

3. Dla zarządzania przez czas określony daną usługą lub dla realizacji robót budowlanych państwo i region w ramach ich odnośnych kompetencji mogą ustanowić formy obowiązkowego porozumienia między jednostkami samorządu terytorialnego, po uprzednim ustanowieniu wzorcowych uregulowań w tym zakresie.

[...]”.

- 10 Jak wskazał sąd odsyłający, art. 149a ust. 1 drugie ZDANIE decreto legislativo n. 152 – Norme in materia ambientale (dekretu ustawodawczego nr 152 dotyczący przepisów w dziedzinie środowiska naturalnego) z dnia 3 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 96 z dnia 14 kwietnia 2006 r.) stanowi:

„Bezpośrednie udzielenie zamówienia może mieć miejsce na rzecz spółek z kapitałem w całości publicznym, które spełniają wymogi określone przez europejski porządek prawny w odniesieniu do zarządzania in house i które w każdym razie należą do jednostek samorządu terytorialnego obejmujących odnośny obszar”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 11 Z akt przekazanych Trybunałowi wynika, że decyzją z dnia 30 września 2014 r. rada gminy Sulmona udzieliła zamówienia na usługę zarządzania zintegrowanym cyklem odpadów komunalnych Cogesie, spółce o całkowicie publicznym kapitale posiadanym przez kilka gmin Regione Abruzzo (regionu Abruzja, Włochy), w tym przez gminę Sulmona. Gmina ta posiada 200 akcji spośród wszystkich 1200 akcji, które składają się na kapitał tej spółki, to znaczy posiada w tym kapitale udział w wysokości około 16,6%.

- 12 W dniu 30 października 2014 r., a więc jeszcze przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia z Cogesą, jednostki samorządu terytorialnego będące jej współnikami zawarły porozumienie w celu wspólnego wykonywania nad nią kontroli analogicznej do

tej, jaką sprawują nad własnymi służbami (zwane dalej „porozumieniem z dnia 30 października 2014 r.”).

- 13 Zintegrowanym zezwoleniem środowiskowym nr 9/11 region Abruzja zobowiązał Cogesę, zgodnie z zasadami samowystarczalności, bliskości i subsydiarności, do przetwarzania i odzyskiwania odpadów komunalnych niektórych gmin tego regionu, które nie były współnikami tej spółki.
- 14 Undis, spółka zainteresowana omawianym w postępowaniu głównym zamówieniem na usługi, złożył skargę do Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo (regionalnego sądu administracyjnego dla Abruzji) na decyzję o udzieleniu tego zamówienia oraz na decyzję o przyjęciu projektu porozumienia międzygminnego, o którym mowa w pkt 12 niniejszego wyroku. Powołując się na naruszenie art. 2 decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretu z mocą ustawy ustanawiającego kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.), a także na art. 43, 49 i 86 TFUE, Undis twierdził, że nie zostały spełnione dwa warunki wymagane do tego, aby wspomniane zamówienie na usługi zostało udzielone jako zamówienie „in house”.
- 15 Ściślej rzecz biorąc, Undis podniósł, że nie został spełniony warunek zmierzający do tego, aby instytucja zamawiająca sprawowała nad podmiotem, któremu udzielono zamówienia, będącym odrębnym od niej podmiotem prawnym, kontrolę analogiczną do tej, jaką wykonuje ona wobec swoich własnych służb. W rzeczywistości bowiem gmina Sulmona była mniejszościowym akcjonariuszem Cogesy, porozumienie z dnia 30 października 2014 r. zostało zawarte po wydaniu decyzji o udzieleniu zamówienia na usługi omawiane w postępowaniu głównym, a statut tej spółki przyznawał jej organom spółkowym autonomiczne uprawnienia, których nie można pogodzić z pojęciem „analogicznej kontroli”. Undis dodał, że warunek dotyczący tego, aby podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonywał zasadniczą część swojej działalności z instytucją zamawiającą lub instytucjami zamawiającymi, które posiadają w nim udziały, również nie został spełniony. Zdaniem Undisu bowiem bilans z działalności za lata 2011–2013 Cogesy wskazywał na to, że jedynie 50% jej całej działalności wykonywane było wraz z jednostkami samorządu terytorialnego będącego jej współnikami, przy czym działalność wykonywana przez tę spółkę na rzecz gmin niebędących współnikami powinna się zaliczać do owej całej działalności.
- 16 Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo (regionalny sąd administracyjny dla Abruzji) oddalił skargę. Sąd ten w pierwszej kolejności stwierdził, że warunek dotyczący kontroli analogicznej został spełniony w wyniku zawarcia porozumienia z dnia 30 października 2014 r. Następnie orzekł, że warunek dotyczący wykonywania zasadniczej części działalności również został spełniony, i wyjaśnił, że nie biorąc pod uwagę działalności wykonywanej przez Cogesę na rzecz gmin niebędących jej współnikami, działalność wykonywana na rzecz gmin zrzeszonych przekraczała 90% wielkości obrotu tej spółki, a zatem pozostałą część działalności można uznać jak najbardziej za działalność marginalną.
- 17 Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy), do której Undis wniósł odwołanie, stwierdza, iż niezależnie od tego, że dyrektywa 2014/24 nie ma zastosowania *ratione temporis* do sporu w postępowaniu głównym, przepisy art. 12 tej dyrektywy mają w każdym razie znaczenie dla rozstrzygnięcia tego sporu.

- 18 Jeżeli chodzi o warunek dotyczący wykonywania zasadniczej części działalności, Consiglio di Stato (rada stanu) odnosi się do wyroku z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 65), w którym Trybunał orzekł, iż „należy uznać, że decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień, obejmujący przychód uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji”. W świetle tego orzecznictwa decyzjami o udzieleniu zamówienia, które należy wziąć pod uwagę w celu zbadania, czy warunek ten został spełniony, byłyby decyzje wydane wyłącznie przez kontrolującą jednostkę samorządu terytorialnego. Tymczasem zwiększenie liczby udzielonych zamówień mających znaczenie w niniejszej sprawie mogłoby wynikać z art. 12 ust. 2 dyrektywy 2014/24.
- 19 Consiglio di Stato (rada stanu) zauważa z kolei, że żaden przepis wspomnianej dyrektywy nie wskazuje, iż w celu oceny spełnienia omawianego warunku należy uwzględnić zamówienia, które dotyczą jednostek publicznych samorządu terytorialnego niebędących współnikami, w przypadku, w którym owe zamówienia są narzucone w drodze władczego środka organu administracji wyższego rzędu również niebędącego współnikiem.
- 20 Ponadto zdaniem Consiglio di Stato (rady stanu) nasuwa się pytanie, czy w sprawie w postępowaniu głównym w celu weryfikacji spełnienia warunku wykonywania zasadniczej części działalności należy uwzględnić udzielone zamówienia wykonywane na rzecz jednostek publicznych Cogesy będących jej współnikami przed zawarciem porozumienia z dnia 30 października 2014 r. Consiglio di Stato (rada stanu) odsyła w tym zakresie do art. 12 ust. 5 akapit drugi dyrektywy 2014/24.
- 21 W takich okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy dla celów ustalenia zasadniczej części działalności wykonywanej przez kontrolowaną jednostkę należy brać także pod uwagę działalność powierzoną przez organ administracji publicznej niebędący jej współnikiem wykonywaną na rzecz publicznych jednostek terytorialnych niebędących jej współnikami?
- 2) Czy dla celów ustalenia zasadniczej części działalności wykonywanej przez kontrolowaną jednostkę należy brać także pod uwagę udzielenie zamówień na rzecz publicznych jednostek terytorialnych będących jej współnikami przed spełnieniem wymogu dotyczącego tzw. analogicznej kontroli?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 22 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym, które zostały przedstawione w pkt 11 i 12 niniejszego wyroku, miały miejsce przed upływem w dniu 18 kwietnia 2016 r. terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2014/24 przez państwa członkowskie. W związku z tym pytania prejudycjalne powinny być oceniane *ratione temporis* jedynie w świetle dyrektywy 2004/18 w sposób, w jaki dyrektywę tę interpretował Trybunał.
- 23 Ponadto należy zauważyć, że sąd odsyłający nie dostarcza w niniejszej sprawie żadnych danych co do tego, czy wartość zamówienia spornego w postępowaniu głównym przekracza próg zastosowania dyrektywy 2004/18 czy też go nie przekracza. Dodatkowo postanowienie odsyłające nie zawiera również informacji koniecznych dla ustalenia, czy chodzi o zamówienie publiczne na usługi czy też o koncesję na usługi.

- 24 Prawdą jest, że wyjątek od stosowania przepisów prawa Unii w sytuacji, gdy zostały spełnione warunki udzielenia zamówienia „in house”, może znajdować zastosowanie zarówno w sytuacjach objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18, jak i w sytuacjach wyłączonych z tego zakresu (zob. podobnie wyrok z dnia 29 listopada 2012 r., Econord, C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:758, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo). Niemniej jednak w drugim przypadku zastosowanie wspomnianego wyjątku ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym jedynie o tyle, o ile sporne zamówienie podlega podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, co wymaga tego, by zamówienie to miało niewątpliwe znaczenie transgraniczne (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2016 r., Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 25 Ze względu na ducha współpracy charakteryzującego stosunki pomiędzy sądami krajowymi i Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego brak takich uprzednich ustaleń sądu odsyłającego nie prowadzi do niedopuszczalności wniosku, jeśli pomimo tego braku Trybunał uzna, że jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu w świetle okoliczności wynikających z akt sprawy. Niemniej Trybunał udziela odpowiedzi z zastrzeżeniem stwierdzenia przez sąd odsyłający, iż zostały spełnione przesłanki zastosowania prawa Unii (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 48).
- 26 Odpowiedź Trybunału na pytania przedstawione przez sąd odsyłający spoczywa zatem na założeniu, że bądź to dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do zamówienia spornego w postępowaniu głównym, bądź też, jeśli tak nie jest, zamówienie to ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, co powinno zostać ustalone przez ten sąd.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 27 Przez to pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w ramach stosowania orzecznictwa Trybunału dotyczącego bezpośredniego udzielania zamówień publicznych zwanych „in house”, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz kontrolujących go i będących jego współnikami jednostek samorządu terytorialnego, należy zaliczyć do tej działalności również działalność zleconą temu podmiotowi przez organ administracyjny niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani też nie sprawują nad nim żadnej kontroli.
- 28 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału główny cel zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, to jest swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, oznacza obowiązek stosowania zasad dotyczących postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych przewidzianych przez właściwe dyrektywy, jeżeli instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, zamierza zawrzeć z innym prawnie odrębnym podmiotem pisemną odpłatną umowę, niezależnie od tego, czy podmiot ten jest sam instytucją zamawiającą czy nie (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 51; a także z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 44, 47).
- 29 Trybunał podkreślił, że każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega ścisłej wykładni (wyroki: z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 46; a także z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 23).

- 30 Z uwagi na to, że organ administracji publicznej ma możliwość wykonywania należących do niego zadań leżących w interesie publicznym za pomocą własnych środków administracyjnych, technicznych i innych oraz że nie jest on zobowiązany do posługiwania się podmiotami zewnętrznymi nienależącymi do jego służb (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 48), Trybunał uzasadnił uznanie wyjątku w zakresie udzielania zamówień „in house” szczególnym powiązaniem wewnętrznym istniejącym w takim przypadku pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia, nawet jeżeli podmiot ten jest prawnie odrębny od tej instytucji (zob. podobnie wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 29). W takich przypadkach można uznać, że instytucja zamawiająca w rzeczywistości korzysta ze środków własnych (zob. podobnie wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 25) oraz że podmiot, któremu udzielono zamówienia, stanowi niemalże część wewnętrznych służb tej instytucji.
- 31 Wyjątek ten wymaga – poza tym, aby instytucja zamawiająca sprawowała nad podmiotem, któremu udzielono zamówienia, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje ona nad swoimi własnymi służbami – również i tego, aby podmiot ten wykonywał zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, która jest jego współnikiem (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50).
- 32 W ten sposób nieodzowne jest, aby działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, była zasadniczo poświęcona na rzecz jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego będących jej współnikami, przy czym każda inna działalność może mieć jedynie marginalny charakter. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, właściwy sąd musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające charakter zarówno jakościowy, jak i ilościowy. W tym zakresie obrotom, który ma znaczenie, jest obrót, jaki osiąga ten podmiot na podstawie decyzji o udzieleniu zamówienia przez tę instytucję zamawiającą lub przez te instytucje zamawiające, które sprawują nad nim kontrolę (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 63, 65; a także z dnia 17 lipca 2008 r., Komisja/Włochy, niepublikowany, EU:C:2008:410, pkt 31).
- 33 Wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa 2004/18 znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. W istocie bowiem przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że decyzje go dotyczące są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego będące jego współnikami, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. Z kolei jeżeli świadczenia tego przedsiębiorstwa są zasadniczo przeznaczone tylko na rzecz wspomnianej jednostki lub wspomnianych jednostek samorządu terytorialnego, wydaje się uzasadnione, aby przedsiębiorstwo to uniknęło ograniczeń dyrektywy 2004/18, ponieważ ograniczenia te są podyktowane troską o zachowanie konkurencji, która w tym przypadku nie ma już racji bytu (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 60–62).
- 34 Z orzecznictwa tego wynika, że każda działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, a która jest przeznaczona dla osób innych niż jego współnicy, to znaczy dla osób, które nie pozostają w żadnym stosunku kontroli z tym podmiotem, nawet gdy

osoby te są organami administracji publicznej, powinna zostać uznana za wykonywaną na rzecz osób trzecich.

- 35 W konsekwencji w świetle tego orzecznictwa w sprawie w postępowaniu głównym jednostki samorządu terytorialnego, które nie są współnikami Cogesy, należy uznać za osoby trzecie. W rzeczywistości bowiem, zgodnie ze wskazówkami znajdującymi się w postanowieniu odsyłającym, brak jest jakiegokolwiek stosunku kontroli pomiędzy tymi jednostkami i tą spółką, tak że brak jest szczególnego związku, który zdaniem orzecznictwa uzasadnia wyjątek odnośnie do udzielania zamówień zwanych „in house”, pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia.
- 36 W związku z tym w celu zbadania, czy Cogesa wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz będących jej współnikami jednostek samorządu terytorialnego, działalność tej spółki przeznaczoną na rzecz jednostek samorządu terytorialnego niebędących jej współnikami należy uznać za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich. Do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy ostatnią z wymienionych działalności można uznać za mającą marginalny charakter w stosunku do działalności Cogesy na rzecz będących jej współnikami jednostek samorządu terytorialnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego udzielenia zamówienia „in house”.
- 37 Wniosku tego nie podważa wskazana przez sąd odsyłający okoliczność, zgodnie z którą działalność Cogesy wykonywana na rzecz jednostek samorządu terytorialnego niebędących jej współnikami została zlecona jej przez organ administracji publicznej, również niebędący jej współnikiem. W istocie bowiem, pomimo iż organ ten powierzył wspomnianą działalność Cogesie, to jednak ze wskazówek znajdujących się w postanowieniu odsyłającym wynika, że ów organ administracji publicznej nie jest współnikiem tej spółki i nie sprawuje nad nią żadnej kontroli w rozumieniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego udzielenia zamówienia „in house”. W braku jakiegokolwiek kontroli sprawowanej przez wspomniany organ administracji publicznej zlecona przez niego działalność na rzecz Cogesy powinna zostać uznana za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich.
- 38 Z uwagi na powyższe rozważania na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że w ramach stosowania orzecznictwa Trybunału dotyczącego bezpośredniego udzielania zamówień publicznych zwanych „in house”, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz będących jego współnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego, do działalności tej nie należy zaliczać działalności zleconej temu podmiotowi przez organ administracji publicznej niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani nie sprawują nad nim żadnej kontroli, którą to działalność trzeba uznać za wykonywaną na rzecz osób trzecich.

W przedmiocie pytania drugiego

- 39 Przez to pytanie sąd odsyłający zasadniczo pyta o to, czy dla celów ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego współnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, należy brać pod uwagę również działalność wykonywaną przez ten podmiot na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, zanim taka łączna kontrola stała się skuteczna.
- 40 W tym zakresie należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału w celu oceny przesłanki dotyczącej wykonywania zasadniczej części działalności sąd krajowy

uwzględnia wszystkie okoliczności danej sprawy, zarówno jakościowe, jak i ilościowe (zob. podobnie wyrok z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 63, 64).

- 41 W niniejszej sprawie ze wskazówek znajdujących się w postanowieniu odsyłającym wynika, że Cogesa wykonywała już działalność na rzecz jednostek samorządu terytorialnego będących jej współnikami przed zawarciem porozumienia z dnia 30 października 2014 r. Działalność tę oczywiście należy wziąć pod uwagę, jeżeli trwa ona nadal w chwili udzielenia zamówienia publicznego. Ponadto działalność zakończona przed dniem 30 października 2014 r. również może mieć znaczenie dla oceny tego, czy został spełniony warunek dotyczący wykonywania zasadniczej części działalności. W rzeczywistości bowiem wcześniejsza działalność może stanowić wskazówkę o znaczeniu działalności, jaką Cogesa planuje wykonywać na rzecz jednostek terytorialnych będących jej współnikami, po tym, jak ich analogiczna kontrola stała się skuteczna.
- 42 Z uwagi na powyższe rozważania, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego współnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, wśród których może znajdować się działalność, jaką ów podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonywał dla tych samych jednostek samorządu terytorialnego, zanim taka łączna kontrola stała się skuteczna.

W przedmiocie kosztów

- 43 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:

- 1) **W ramach stosowania orzecznictwa Trybunału dotyczącego bezpośredniego udzielania zamówień publicznych zwanych „in house”, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz będących jego współnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego, do działalności tej nie należy zaliczać działalności zleconej temu podmiotowi przez organ administracji publicznej niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani nie sprawują nad nim żadnej kontroli, którą to działalność trzeba uznać za wykonywaną na rzecz osób trzecich.**
- 2) **W celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego współnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, wśród których może znajdować się działalność, jaką ów podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonywał dla tych samych jednostek samorządu terytorialnego, zanim taka łączna kontrola stała się skuteczna.**

Podpisy

1