

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 19 czerwca 2014 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa 2004/18/WE – Udzielenie zamówienia bez wszczęcia postępowania przetargowego (tzw. zamówienie „in house”) – Wykonawca zamówienia prawnie wyodrębniony od instytucji zamawiającej – Centrum świadczenia usług obsługi i wsparcia dla szpitali – Stowarzyszenie pożytku publicznego nieposiadające celu zarobkowego – Większość członków składająca się z instytucji zamawiających – Mniejszość członków składająca się z podmiotów prawa prywatnego, organizacji charytatywnych nieposiadających celu zarobkowego – Działalność do wysokości co najmniej 80% rocznego obrotu prowadzona na rzecz członków

W sprawie C-574/12

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Supremo Tribunal Administrativo (Portugalia) postanowieniem z dnia 6 listopada 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 grudnia 2012 r., w postępowaniu

Centro Hospitalar de Setúbal EPE,

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)

przeciwko

Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes izby, E. Juhász (sprawozdawca), A. Rosas, D. Šváby, i C. Vajda, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Mengozzi,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 listopada 2013 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Centro Hospitalar de Setúbal EPE przez M. Realę Martinsa oraz S. Alvesa Ribeirę, advogados,
- w imieniu Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przez M. Claro, advogada,
- w imieniu Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda przez M. Lucas Rodrigues, advogada,

- w imieniu rządu portugalskiego przez L. Inez Fernandesą oraz A. Navegasę, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez M. J. García-Valdecasas Dorrego, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez M. Afonso, A. Tokára oraz M. Noll-Ehlersa, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 27 lutego 2014 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o sprecyzowanie orzecznictwa Trybunału dotyczącego udzielania zamówień publicznych w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia zwanego „in house”, z pominięciem 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 L 134, s. 114).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Centro Hospitalar de Setúbal EPE (szpitalem w Setúbal, zwanym dalej „szpitalem”) i Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (organem ds. świadczenia usług na rzecz szpitali, zwanym dalej „SUCH”) a Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (zwaną dalej „Eurest”) dotyczącego prawidłowości udzielenia zamówienia publicznego przyznanego bezpośrednio SUCH przez szpital.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

3 Dyrektywa 2004/18 ustanawia ramy prawne znajdujące zastosowanie do zamówień publicznych udzielanych przez instytucje zamawiające.

4 Motyw 4 tej dyrektywy stanowi:

„Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby udział podmiotu prawa publicznego jako oferenta w procedurze udzielania zamówienia publicznego nie powodował zakłócenia konkurencji w stosunku do oferentów prywatnych”.

5 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”.

6 Rzeczona dyrektywa w art. 1 ust. 8 stanowi:

„Terminy »przedsiębiorca budowlany«, »dostawca« oraz »usługodawca« oznaczają każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi.

Termin »wykonawca« obejmuje w równym stopniu pojęcia przedsiębiorcy budowlanego, dostawcy i usługodawcy. Stosowany jest on jedynie w celu uproszczenia tekstu.

[...]”.

7 Ustęp 9 wskazanego art. 1 definiuje w sposób szczegółowy podmioty, które są uznane za instytucje zamawiające i które przy zawieraniu umów o charakterze odpłatnym z wykonawcą powinny wszcząć postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia zgodnie z zasadami dyrektywy 2004/18.

8 Artykuł 7 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Kwoty progowe dla zamówień publicznych” określa progi szacunkowych wartości, po przekroczeniu których udzielenie zamówienia powinno nastąpić zgodnie z zasadami tej dyrektywy. Te progi są systematycznie zmieniane rozporządzeniami Komisji i dostosowane do warunków gospodarczych. W dniu wystąpienia okoliczności będących przedmiotem postępowania głównego próg dotyczący zamówień na usługi, udzielanych przez instytucje zamawiające inne niż centralne organy rządowe został określony na kwotę 193 000 EUR rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. (Dz.U. L 314, s. 64).

9 Artykuł 20 dyrektywy 2004/18, zawarty w jej tytule II, rozdział III, zatytułowanym „Przepisy dotyczące zamówień publicznych na usługi” stanowi:

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

10 Zgodnie z art. 21 wskazanej dyrektywy, który stanowi część tegoż rozdziału III wskazanej dyrektywy:

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

11 W załączniku II B do dyrektywy 2004/18, w kategorii 17 wymienione są „Usługi hotelarskie i restauracyjne”.

Udzielenie zamówienia bez stosowania procedur ustanowionych w dyrektywie 2004/18 – Udzielenie zamówienia zwane „in house”

12 Przesłanki takiego udzielenia zamówienia zostały określone i rozwinięte w orzecznictwie Trybunału, który uznał, że przeprowadzenie przetargu w drodze postępowania zgodnie z dyrektywą 2004/18 nie jest obowiązkowe w sytuacji gdy zarazem instytucja zamawiająca sprawuje nad podmiotem prawnie od niej odrębnym kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami i gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go instytucji

zamawiającej lub kontrolujących go instytucji zamawiających (zob., podobnie, wyrok Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50).

13 Trybunał uznał również, że udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym razie, by ta instytucja zamawiająca mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami, gdyż udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega względom interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia celów odmiennej natury niż cele leżące w interesie publicznym (zob. wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 49 i 50).

Prawo portugalskie

14 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do portugalskiego porządku prawnego na mocy kodeksu zamówień publicznych, zatwierdzonego dekretem z mocą ustawy nr 18/2008, z dnia 29 stycznia 2008 r., zmienionego i opublikowanego ponownie w załączniku do dekretu z mocą ustawy nr 287/2009 z dnia 2 października 2009 r. (*Diário da República*, 1 seria, nr 192, z dnia 2 października 2009 r, zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych”).

15 W zgodzie z orzecznictwem Trybunału przypomnianym w dwóch punktach, 12 i 13 niniejszego wyroku, art. 5 ust. 2 kodeksu zamówień publicznych ma następujące brzmienie:

„Część II niniejszego kodeksu nie znajduje również zastosowania do zamówień, które niezależnie od ich przedmiotu, udzielane są przez instytucje zamawiające innej jednostce, w sytuacji gdy:

- a) instytucja zamawiająca, indywidualnie lub wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, sprawuje nad działalnością tej innej jednostki kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, oraz
- b) jednostka ta prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę analogiczną do tej, o której mowa w poprzednim punkcie”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

16 Szpital, będący szpitalem publicznym zawarł w dniu 27 lipca 2011 r. z SUCH umowę, której przedmiotem była dostawa przez SUCH posiłków pacjentom i personelowi szpitala (zwaną dalej „porozumieniem z 2011 r.”). Porozumienie to dotyczy zamówienia na usługi, udzielonego bezpośrednio SUCH bez zastosowania procedur przetargowych przewidzianych w dyrektywie 2004/18, z uwagi na – zdaniem stron – występujący stosunek wewnętrzny „in house” między SUCH a szpitalami publicznymi, będącymi członkami tego stowarzyszenia, i którego celem jest zaspokajanie potrzeb szpitali z wykorzystaniem zasobów wewnętrznych.

17 Porozumienie z 2011 r. dotyczy okresu od dnia 10 sierpnia 2011 r. do dnia 9 sierpnia 2016 r. i jest odnawialne. Jego roczna kwota wynosi 1 295 289 EUR, a całkowita kwota za pięcioletni okres obowiązywania umowy to 6 476 445 EUR.

18 Jak wynika z akt sprawy udostępnionych Trybunałowi, SUCH został utworzony dekretem z mocą ustawy nr 46/668 z dnia 24 listopada 1965 r. Jego statut został zatwierdzony

w październiku 2010 r. przez sekretarza stanu ds. zdrowia. Zgodnie z art. 2 tego statutu SUCH jest stowarzyszeniem o celach niezarobkowych, którego celem jest wykonywanie zadań użyteczności publicznej. Jest on instrumentem zaspokajania wewnętrznych potrzeb jego członków i w tym celu jest zobowiązany podejmować inicjatywy mogące poprawiać wydajność i skuteczność działań tych ostatnich umożliwiając osiągnięcie korzyści skali i w ten sposób przyczynienie się do stabilności systemu finansowego krajowego reżimu zabezpieczeń społecznych.

19 Zgodnie z art. 7 statutu SUCH, jego członkami mogą być podmioty należące zarówno do sektora publicznego jak i sektora socjalnego, to znaczy instytucje solidarności społecznej niemające celu zarobkowego w tym służby i instytucje ministerstwa zdrowia oraz innych ministerstw. Ponadto SUCH ma czuwać, aby większość prawa głosu na zgromadzeniu ogólnym pozostawała w rękach publicznych członków, którzy podlegają zarządowi, kontroli i nadzorowi członka rządu odpowiedzialnego za ochronę zdrowia.

20 Artykuł 5 statutu SUCH przewiduje ponadto, że może on na zasadach konkurencyjnych i rynkowych świadczyć usługi podmiotom publicznym niebędącym jego członkami lub krajowym lub zagranicznym podmiotom prywatnym, o ile nie szkodzi to interesom jego członków i stanowi korzyść dla nich i dla SUCH zarówno pod względem gospodarczym jak i technologicznym. Świadczenie takich usług ma jednak mieć charakter uzupełniający w kontekście działalności SUCH i nie może przekraczać 20% całkowitego rocznego obrotu w poprzednim roku finansowym.

21 W dniu zawarcia porozumienia z 2011 r. SUCH liczył 88 członków, wśród których 23 instytucje solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, w tym 20 organizacji charytatywnych („Misericórdias”).

22 Eurest, spółka działająca w sektorze usług, których dotyczy porozumienie z 2011 r. wniosła skargę o stwierdzenie nieważności tego porozumienia do Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. W wyroku z dnia 30 stycznia 2012 r., sąd ten stwierdził nieważność porozumienia z 2011 r. z uwagi na fakt, że pomiędzy szpitalem a SUCH nie występuje stosunek nadzoru, który mógłby uzasadniać powierzenie danego zamówienia w drodze bezpośredniego udzielenia.

23 Sąd ten oparł się w tym względzie na wyroku Tribunal de Contas (trybunału obrachunkowego), który orzekł, że mimo zmiany statutu SUCH, liczba jego niepublicznych członków, szeroka autonomia i niezależność względem władz publicznych, rzeczywista dynamika funkcjonowania zarządu i fakt, że jest to przedsiębiorstwo o istotnym rozmiarze i złożoności nie pozwalają uznać, iż przesłanki określone w art. 5 ust. 2 kodeksu zamówień publicznych zostały spełnione. Wyrok ten został utrzymany w mocy wyrokiem Tribunal de Contas w pełnym składzie z dnia 3 lipca 2012 r.

24 Szpital i SUCH wnieśli odwołanie od wyroku Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada do Tribunal Central Administrativo do Sul, który wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2012 r., oddalił to odwołanie i utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, opierając się na uzasadnieniu przyjętym przez Tribunal de Contas we wskazanym wyżej wyroku. W wyniku oddalenia tego odwołania szpital i SUCH wnieśli skargę rewizyjną do Supremo Tribunal Administrativo, powtarzając podniesioną przez nich argumentację dotyczącą istnienia wewnętrznego stosunku między SUCH a szpitalami publicznymi, będącymi jego większościowymi członkami.

25 Supremo Tribunal Administrativo zauważa, że szpital publiczny taki jak szpital [będący stroną postępowania głównego] jako osoba prawna prawa publicznego jest instytucją zamawiającą a umowa zawarta tytułem odpłatnym z SUCH, podmiotem odrębnym od instytucji zamawiającej stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18. W celu sprawdzenia, czy zamówienie to może zostać udzielone bezpośrednio sąd odsyłający zauważa, że „kontrola analogiczna” wymagana w tym zakresie w orzecznictwie Trybunału może być sprawowana nad wykonawcą zamówienia łącznie przez kilka instytucji zamawiających i kontrola ta oznacza rzeczywistą możliwość wpływania przez instytucję zamawiającą lub instytucje zamawiające nie tylko na decyzje strategiczne wykonawcy zamówienia, lecz również na jego bieżące zarządzanie.

26 Jednakże sąd odsyłający podkreśla, że szczególny charakter prawny SUCH, mając na uwadze, iż wśród jego członków są również prywatne instytucje solidarności społecznej, stawia nowe problemy w świetle orzecznictwa Trybunału wynikającego z wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5). Sąd ten zastanawia się również, czy to orzecznictwo zakłada, że przedsiębiorstwo prywatne mające udziały w kapitale spółki, w której udziały posiada również instytucja zamawiająca musi koniecznie posiadać cel zarobkowy.

27 Sąd odsyłający zastanawia się także w świetle zastrzeżeń podniesionych przez Tribunal de Contas, czy przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli” jest spełniona w niniejszym przypadku mając na uwadze liczbę niepublicznych członków SUCH, charakter nadzoru sprawowanego nad nim przez instytucje zamawiające, które są jego członkami oraz przez władze publiczne, jego rozmiar i złożoność jego funkcjonowania, a także ewentualną możliwość działania w sposób autonomiczny w stosunku do władz publicznych.

28 Co się tyczy drugiej przesłanki ustanowionej w orzecznictwie Trybunału, czyli wymogu, aby dany podmiot prowadził zasadniczą część swojej działalności na rzecz kontrolujących go instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających, sąd odsyłający zauważa, że zgodnie z tym orzecznictwem, wykonawca zamówienia powinien działać jako podmiot, który wyłącznie lub prawie wyłącznie zaspokaja potrzeby instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających, a każda inna działalność powinna mieć charakter marginalny. Sąd ten zastanawia się zatem, czy przesłanka ta jest spełniona, jeżeli podmiot taki jak SUCH ma możliwość świadczenia usług na zasadach konkurencyjnych, podmiotom trzecim do wysokości co najwyżej 20% rocznego obrotu w poprzednim roku finansowym.

29 Wobec tego i mając na względzie fakt, że rozstrzyga on sprawę w ostatniej instancji Supremo Tribunal Administrativo postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy jest zgodna z orzecznictwem wspólnotowym w dziedzinie udzielania zamówień wewnętrznych »in house« sytuacja, w której szpital publiczny – nie przeprowadzając przewidzianego w ustawie w odniesieniu do takiego zamówienia postępowania – udziela stowarzyszeniu o celu niezarobkowym, w którym jest zrzeszony i które dąży do realizacji powierzonego mu w dziedzinie ochrony zdrowia zadania z zakresu usług publicznych, mając na celu bardziej sprawne i skuteczne funkcjonowanie swych członków, zamówienia na wchodzącą w zakres kompetencji tego stowarzyszenia usługę dostarczania posiłków szpitalnych, przenosząc w ten sposób na nie odpowiedzialność za swą działalność w tym zakresie, jeśli, zgodnie ze statutem tego stowarzyszenia, mogą [być w nim zrzeszone] nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również te należące do sektora społecznego, i jeśli w momencie udzielenia zamówienia 23 z łącznie 88 jego członków było

działającymi w celach niezarobkowych prywatnymi instytucjami solidarności społecznej (IPSS), wśród których znajdowały się również instytucje charytatywne?

2) Czy można uznać, że oferent, któremu udzielono zamówienia, znajduje się w stosunku podporządkowania decyzyjnego od [wobec] stowarzyszonych w nim publicznych członków, polegającego na tym, iż ci członkowie sprawują indywidualnie lub wspólnie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, jeśli zgodnie ze statutem tego oferenta winien on zapewnić, że większość praw głosu należy do tych zrzeszonych w nim członków, podlegających zarządowi, nadzorowi i kontroli przez członka rządu odpowiedzialnego za ochronę zdrowia, i jeśli zarząd tego oferenta również składa się w większości z tych stowarzyszonych w nim publicznych członków?

3) Czy w świetle wspólnotowego orzecznictwa w dziedzinie udzielania zamówień wewnętrznych (»in house«) warunek »analogicznej kontroli« można uznać za spełniony, jeśli zgodnie z jego statutem oferent, któremu udzielono zamówienia, podlega uprawnieniom kontrolnym członka rządu odpowiedzialnego za ochronę zdrowia, do którego zadań należy mianowanie prezesa i wiceprezesa zarządu, zatwierdzanie przyjętych przez walne zgromadzenie uchwał w przedmiocie zaciągania kredytów pociągających za sobą zadłużenie netto w wysokości co najmniej 75% kapitału własnego w poprzednim roku finansowym, zatwierdzanie uchwał w przedmiocie zmiany statutu, zatwierdzanie przyjętych przez walne zgromadzenie uchwał w przedmiocie rozwiązania tego oferenta, a także określanie, jak w przypadku rozwiązania należy rozdisponować jego aktywa?

4) Czy stosunek istniejący między oferentem, któremu udzielono zamówienia, a stowarzyszonymi w nim członkami publicznymi można uznać za udzielenie zamówienia o czysto wewnętrznym lub »in house« charakterze, skoro ten oferent jest podmiotem znaczących rozmiarów i znacznego stopnia złożoności, prowadzącym działalność na całym terytorium portugalskim, jego stowarzyszonymi członkami jest większość służb i instytucji Serviço Nacional de Saúde, w tym także największe w kraju szpitale; jego spodziewana wielkość sprzedaży wynosi 90 milionów EUR, a prowadzona przezeń działalność dotyczy różnego rodzaju złożonych dziedzin; osiąga on nadzwyczajne wskaźniki dotyczące tej działalności, zatrudnia 3300 pracowników i jest zrzeszony w dwóch organizacjach przedsiębiorców i dwóch spółkach handlowych?

5) Czy warunek udzielenia zamówienia wewnętrznego (»in house«) można uznać za spełniony, w szczególności w zakresie dotyczącym ustanowionego w art. 5 ust. 2 lit. b) [kodesku zamówień publicznych] warunku »podstawowej działalności«, skoro [gdy] ten oferent, któremu udzielono zamówienia, może zgodnie ze swym statutem świadczyć na zasadach konkurencji usługi niestowarzyszonym w nim podmiotom publicznym oraz krajowym i zagranicznym podmiotom prywatnym i) jeśli nie wyrządza to żadnej szkody stowarzyszonym w nim członkom oraz jest korzystne dla nich i dla tego oferenta, zarówno pod względem gospodarczym, jak i technologicznym, oraz ii) jeśli świadczenie tych usług nie przekracza 20% jego osiągniętej w poprzednim roku finansowym wielkości sprzedaży?

6) W przypadku gdy udzielenie odpowiedzi na którekolwiek z powyższych pytań nie wystarcza samo w sobie do rozstrzygnięcia, czy spełnione zostały ustanowione w art. 5 ust. 2 [kodeksu zamówień publicznych] warunki, czy dokonana w świetle wspólnotowego orzecznictwa w dziedzinie udzielania zamówień wewnętrznych (»in house«) łączna analiza odpowiedzi na te pytania pozwala na rozstrzygnięcie, czy chodzi o ten rodzaj udzielenia zamówienia?"

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwaga wstępna

30 Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z postanowieniami rozdziału III tytułu II dyrektywy 2004/18 stosowanie jej przepisów jest uzależnione od kategorii odnośnych usług. Zgodnie z informacjami zawartymi w aktach sprawy udostępnionych Trybunałowi wydaje się, że usługi, których dotyczy porozumienie z 2011 r. objęte są załącznikiem II B do tej dyrektywy.

31 Taka ocena należy jednak do kompetencji sądu odsyłającego w oparciu o okoliczności faktyczne sprawy, którą rozstrzyga, a w każdym razie nie może ona wpłynąć na zastosowanie dyrektywy 2004/18 jako takiej ani na zastosowanie wyjątku dotyczącego transakcji „in house”, jeżeli przesłanki przewidziane w tym zakresie w orzecznictwie Trybunału są spełnione.

W przedmiocie pytania pierwszego

32 W tym pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli” ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby udzielenie zamówienia publicznego mogło być uznane za transakcję „in house” i aby zamówienie to mogło być zatem udzielone bezpośrednio bez stosowania dyrektywy 2004/18 jest spełniona w sytuacji gdy wykonawca zamówienia jest stowarzyszeniem pożytku publicznego nieposiadającym celu zarobkowego, którego członkami zgodnie z jego statutem mogą być nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne solidarności społecznej prowadzące działalność w celach niezarobkowych, a w dniu udzielenia zamówienia te ostatnie instytucje stanowiły istotną, jakkolwiek mniejszościową, część członków stowarzyszenia będącego wykonawcą zamówienia.

33 W tym względzie należy przypomnieć przede wszystkim, że okoliczność, iż wykonawca zamówienia posiada formę prawną stowarzyszenia prawa prywatnego i działa w celach niezarobkowych jest pozbawiona znaczenia do celów stosowania zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych a w rezultacie orzecznictwa Trybunału dotyczącego wyjątku w zakresie transakcji „in house”. Taka okoliczność nie wyklucza bowiem, że dany podmiot będący wykonawcą zamówienia może prowadzić działalność gospodarczą (zob. podobnie wyroki: Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 41 i CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 45).

34 Należy następnie zauważyć, że w niniejszym przypadku rozstrzygnięciu podlega zasadniczo kwestia, czy orzecznictwo wynikające z wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5) znajduje zastosowanie zważywszy, iż SUCH nie został utworzony w formie spółki i nie posiada zatem kapitału zakładowego, a jego członkowie należący do sektora socjalnego nie są przedsiębiorstwami zgodnie ze sformułowaniami użytymi we wskazanym wyroku.

35 W tym względzie należy podkreślić, że wyjątek dotyczący udzielenia zamówień „in house” jest oparty na podejściu, zgodnie z którym w takich przypadkach można uznać, iż będący instytucją zamawiającą organ publiczny korzysta z własnych środków w celu wypełnienia ciężących na nim zadań leżących w interesie publicznym.

36 Jeden z powodów, który doprowadziły Trybunał do wniosków przyjętych w wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5) nie był oparty na formie prawnej podmiotów prywatnych wchodzących w skład podmiotu będącego wykonawcą zamówienia ani na celu gospodarczym tychże podmiotów, lecz na fakcie, że te podmioty prywatne podlegały szczególnym względem w zakresie ich prywatnych interesów, różniącym się od celów interesu publicznego, do których dąży instytucja zamawiająca. Z tego powodu instytucja zamawiająca nie mogła sprawować nad wykonawcą zamówienia kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami (zob. podobnie, wyrok Stadt Halle et RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 49 i 50).

37 Mając na uwadze okoliczność podniesioną przez sąd odsyłający, zgodnie z którą SUCH jest stowarzyszeniem o celu niezarobkowym, a prywatnymi członkami wchodzącymi w skład tego stowarzyszenia w chwili udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego były instytucje prywatne solidarności społecznej, nie posiadające również celu zarobkowego należy zauważyć, że fakt, iż Trybunał w wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5), odwołał się do pojęć takich jak „przedsiębiorstwo” lub „kapitał zakładowy” wynika z konkretnych okoliczności sprawy zakończonej tym wyrokiem i nie oznacza, że Trybunał chciał ograniczyć swe wnioski wyłącznie do przypadków udziału – w ramach podmiotu wykonującego zamówienie – przedsiębiorstw handlowych posiadających cele zarobkowe.

38 Innym powodem, który doprowadził Trybunał do przyjęcia wniosków zawartych w wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5) jest fakt, że bezpośrednie udzielenie zamówienia powodowałoby powstanie po stronie prywatnego podmiotu wchodzącego w skład wykonawcy zamówienia przewagi względem jego konkurentów (zob. podobnie, wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 51).

39 W postępowaniu głównym interesy i cele prywatnych członków SUCH, niezależnie od tego jak mogą być one istotne z socjalnego punktu widzenia, mają charakter różniący się od charakteru celów interesu publicznego, realizowanych przez instytucje zamawiające, które są jednocześnie członkami SUCH.

40 Ponadto jak zauważył rzecznik generalny w pkt 37 opinii, nie jest wykluczone, że prywatni członkowie SUCH, niezależnie od ich statutu instytucji solidarności społecznej działających w celach niezarobkowych, mogą prowadzić działalność gospodarczą w konkurencji z innymi podmiotami gospodarczymi. W rezultacie bezpośrednie udzielenie zamówienia SUCH może przynieść prywatnym jego członkom korzyść względem konkurentów.

41 Względy, które doprowadziły zatem Trybunał do przyjęcia wniosków przedstawionych w pkt 36 i 38 niniejszego wyroku zachowują również ważność w okolicznościach takich jak okoliczności postępowania głównego.

42 Fakt, że udział prywatnych członków w ramach podmiotu będącego wykonawcą zamówienia jest wyłącznie udziałem mniejszościowym nie może podważyć tych wniosków (zob. podobnie, wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 49).

43 Należy wreszcie zauważyć, że fakt, iż zgodnie ze swym statutem SUCH mógł wyłącznie przyjmować w charakterze członków podmioty prywatne nie ma co do zasady znaczenia. Istotnym elementem w niniejszym przypadku jest okoliczność, że w chwili

udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego do SUCH należeli nie tylko członkowie publiczni, lecz również podmioty należące do sektora prywatnego.

44 W świetle powyższych uwag na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że jeżeli wykonawcą zamówienia publicznego jest stowarzyszenie pożytku publicznego działające w celach niezarobkowych, którego członkami w chwili udzielenia tego zamówienia są nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli” ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby możliwe było uznanie udzielenia zamówienia publicznego za transakcję „in house” nie jest spełniona co oznacza, że dyrektywa 2004/18 znajduje zastosowanie.

W przedmiocie pytań od drugiego do szóstego

45 Uwzględniając odpowiedź udzieloną na pierwsze pytanie prejudycjalne, udzielenie odpowiedzi na pozostałe pytania prejudycjalne nie jest konieczne.

W przedmiocie kosztów

46 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 (piąta izba) orzeka, co następuje:

Jeżeli wykonawcą zamówienia publicznego jest stowarzyszenie pożytku publicznego działające w celach niezarobkowych, którego członkami w chwili udzielenia tego zamówienia są nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli” ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby możliwe było uznanie udzielenia zamówienia publicznego za transakcję „in house” nie jest spełniona co oznacza, że 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 znajduje zastosowanie.

Podpisy

* Język postępowania: portugalski.