

Sprawa C-429/19

Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości

Data wpływu:

5 czerwca 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Oberlandesgericht Koblenz (Niemcy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

14 maja 2019 r.

Wnioskodawcy i strona wnosząca odwołanie:

Remondis GmbH

Strona przeciwna w postępowaniu z wniosku i strona przeciwna w postępowaniu odwoławczym:

Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel

Przedmiot postępowania głównego

Zamówienia publiczne – Współpraca instytucji zamawiających w zakresie usuwania odpadów – Zagadnienie, jakie przesłanki powinna spełniać taka współpraca, aby nie była objęta zakresem stosowania europejskiego prawa zamówień publicznych

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wykładnia prawa Unii, art. 267 TFUE

Pytani[e] prejudycjalne

Czy art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/UE należy interpretować w ten sposób, że współpraca ma miejsce już wtedy, gdy instytucja zamawiająca wyłącznie odpowiedzialna na podstawie prawa krajowego za usuwanie odpadów na swoim obszarze nie wykonuje sama w całości tego zadania, do którego wykonania niezbędny jest szereg działań, lecz zleca wykonanie jednego z tych niezbędnych działań za wynagrodzeniem innej, niezależnej od siebie instytucji zamawiającej, która na swoim obszarze jest również odpowiedzialna za usuwanie odpadów?

Powołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), art. 12 ust. 4 lit. a) i c), motyw 33

Powołane przepisy prawa krajowego

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) [niemiecka ustawa o zwalczaniu ograniczeń konkurencji, zwana dalej: „GWB”], § 108 ust. 6, § 135 ust. 1 pkt 2

Rheinland-pfälzisches Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit (KomZG) [ustawa niemieckiego kraju związkowego Nadrenia-Palatynat o współpracy komunalnej, zwana dalej: „KomZG”]

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Remondis GmbH jest prywatnym przedsiębiorstwem oferującym usługi w zakresie przetwarzania odpadów. Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel [komunalny związek celowy ds. odpadów Ren-Mozela-Eifel] jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1) i 4) dyrektywy 2014/24. Związek ten został utworzony przez powiaty ziemskie Mayen-Koblenz (Mayen-Koblencja) i Cochem-Zell oraz gminę miejską Koblencja – odpowiedzialne na podstawie prawa krajowego za usuwanie powstających na ich obszarach odpadów – w celu wykonania tego zadania.
- 2 Na obszarze objętym właściwością związku celowego powstaje rocznie ok. 50 000 Mg zmieszanych odpadów komunalnych pochodzących w przeważającej mierze z gospodarstw domowych – określanych jako odpady resztkowe. Są to odpady, które w optymalnym wypadku nie zawierają żadnych lub jedynie niewiele odpadów nadających się do odzyskania. Na podstawie prawa krajowego dopuszczalnym sposobem usuwania takich odpadów jest m. in. ich składowanie

na składowisku opadów, przesłanką dla takiego składowania jest jednak obligatoryjne, wymagające dużych nakładów, wstępne przetworzenie w mechaniczno-biologicznej instalacji do unieszkodliwiania odpadów (zwanej dalej „MBA”). Dokonując takiego wstępnego przetworzenia dąży się do oddzielenia surowców wtórnych oraz odpadów o wysokiej wartości opałowej, usunięcia zanieczyszczeń i znacznej redukcji aktywności biologicznej odpadów organicznych.

- 3 Związek celowy nie dysponuje własną MBA. Około 80% odpadów resztkowych powstających na terenie związku celowego jest usuwanych na zlecenie związku celowego przez prywatnych przedsiębiorców. Dla pozostałych 20% odpadów związek celowy zawarł porozumienie z powiatem ziemskim Neuwied, który jest również instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/[2]4 oraz podmiotem odpowiedzialnym za usuwanie odpadów powstających na jego obszarze, umożliwiające związkowi celowemu usunięcie tych pozostałych 20% odpadów w MBA powiatu ziemskiego Neuwied. W porozumieniu tym uregulowane są między innymi zagadnienia: przewidywanej ilości dostarczanych odpadów (ok. 10 000 Mg rocznie), uzgodnione wynagrodzenie za przetwarzanie odpadów (ok. 100 EUR/Mg), okres obowiązywania porozumienia, możliwość jego przedłużenia, kwestie odpowiedzialności oraz zobowiązanie do lojalnej współpracy. Ponadto powiat ziemski Neuwied zobowiązuje się na wypadek czasowych zakłóceń w działalności zakładu, powodujących niemożliwość przetwarzania odpadów resztkowych w jego MBA, do zawarcia porozumień z operatorami innych instalacji, w celu przejęcia przez nich w takim przypadku tymczasowego przetwarzania odpadów resztkowych. Powiat ziemski Neuwied wykonał to zobowiązanie, dotychczas nie był jednak zmuszony do korzystania z mocy przerobowych innych instalacji.
- 4 Ponadto w § 2 ust. 3 porozumienia zawarte jest postanowienie, zgodnie z którym związek celowy wyraża swoją gotowość do przyjęcia określonych ilości odpadów mineralnych – do 3 000 Mg rocznie – powstałych w powiecie ziemskim Neuwied. Ilości, które powinien przyjąć związek celowy, zależą od jego zdolności odbiorczych i powinny zostać uzgodnione pomiędzy stronami przy uwzględnieniu wzajemnych interesów.
- 5 Strony porozumienia celowego są zgodne co do tego, iż uregulowanie zawarte w § 2 ust. 3 stanowi wyrażenie ich zamiarów, które z uwagi na aktualny brak rzeczywistego zapotrzebowania ze strony powiatu ziemskiego Neuwied z jednej strony, oraz problemy w zakresie zdolności odbiorczych związku celowego z drugiej strony, prawdopodobnie nigdy nie zostaną zrealizowane i zasadniczo nie mają też zostać zrealizowane. Pełnomocnik procesowy związku celowego uznał je ponadto za „wprost bezprzedmiotowe”.
- 6 Poza odpadami z obszaru własnego powiatu oraz odpadami dostarczonymi na podstawie porozumienia ze związkiem celowym w MBA powiatu ziemskiego Neuwied dokonuje się poza tym wstępnego przetworzenia ok. 30 000 Mg rocznie odpadów resztkowych z dwóch innych powiatów ziemskich. Wstępne

przetwarzanie tych odpadów nie następuje jednak na podstawie porozumienia, takiego jak to zawarte ze związkiem celowym, lecz w ramach współpracy komunalnej zainteresowanych powiatów ziemskich zgodnie z KomZG. Prawa i obowiązki wynikające z tej współpracy są znacznie dalej idące niż te wynikające ze wskazanego powyżej porozumienia zawartego pomiędzy związkiem celowym a powiatem ziemskim Neuwied. Ponadto w MBA powiatu ziemskiego Neuwied są przetwarzane wstępnie w niewielkich ilościach także odpady dostarczane przez osoby prywatne.

- 7 Remondis znana była okoliczność, że związek celowy potrzebuje jeszcze zdolności przerobowych do usuwania odpadów. Udzielając odpowiedzi na zapytanie z dnia 26 października 2018 r. związek celowy poinformował w piśmie z dnia 31 października 2018 r. pełnomocnika procesowego Remondis o zawarciu porozumienia z powiatem ziemskim Neuwied. Remondis stoi na stanowisku, że stanowi to niedopuszczalne bezpośrednio udzielenie zamówienia i w dniu 3 grudnia 2018 r. wniosła odwołanie do Vergabekammer Rheinland-Pfalz (izby ds. zamówień publicznych kraju związkowego Nadrenia-Palatynat, Niemcy).
- 8 Decyzją z dnia 6 marca 2019 r. Vergabekammer odrzuciła odwołanie jako niedopuszczalne, gdyż ma miejsce współpraca pomiędzy dwoma zamówieniami publicznymi objęta § 108 ust. 6 GWB (który odpowiada art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24), w związku z czym zgodnie z prawem krajowym nie jest otwarta droga do postępowania odwoławczego. W odniesieniu do zagadnienia, czy pomiędzy zainteresowanymi ma miejsce „współpraca”, Vergabekammer wywiodła, że taka współpraca ma miejsce w niniejszej sprawie, gdyż pojawia się więcej niż jedno „świadczenie w zamian za wynagrodzenie”. Wnioskodawczyni złożyła skargę na tę decyzję do sądu odsyłającego.

Istotne argumenty stron postępowania głównego

- 9 Remondis stoi na stanowisku, że brak jest współpracy na podstawie koncepcji współdziałania. Przeciwnie, występuje przypadek „świadczenia w zamian za wynagrodzenie”, a zatem zamówienie wymagające przeprowadzenia procedury zamówienia publicznego, którego udzielenie bez ogłoszenia zamiaru udzielenia zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest zgodnie z § 135 ust. 1 pkt 2 GWB bezskuteczne.
- 10 Związek celowy uważa, że orzeczenie jest słuszne.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 11 W ocenie sądu odsyłającego porozumienie zawiera wszystkie elementy zamówienia publicznego: instytucja zamawiająca nie zamierza wykonywać sama istotnej części – zawierającej jednocześnie świadczenie, jakie zwykle jest oferowane na rynku – spoczywającego na niej zadania publicznego, lecz zamierza zlecić jej wykonanie różnej od niej i niezależnej osobie prawnej, która

zobowiązuje się do spełnienia świadczenia, a jako świadczenie wzajemne otrzymuje wynagrodzenie. Przyjęciu zamówienia w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie stoi też na przeszkodzie okoliczność, że porozumienie ma charakter publiczno-prawny, a podmiot wykonujący zamówienie jest jednocześnie instytucją udzielającą zamówień publicznych. Bez znaczenia jest również okoliczność, czy świadczenie wzajemne instytucji zamawiającej pokrywa koszty, czy też prowadzi nawet do powstawania zysków (zob. wyrok Trybunału z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817).

- 12 Powyższe zamówienie publiczne nie podlegałoby jednak europejskiemu i krajowemu prawu zamówień publicznych, gdyby były spełnione przesłanki z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 lub § 108 ust. 6 GWB. Sednem sprawy jest zagadnienie, czy do przyjęcia współpracy w rozumieniu art. 12 ust. 4 tej dyrektywy wystarcza, że instytucja zamawiająca wykonuje częściowo sama ciężące na niej zadanie publiczne, a częściowo powierza jego wykonanie innej, niezależnej od niej jednostce, która jako taka jest uprawniona do udzielania zamówień publicznych.
- 13 W tym kontekście w ocenie sądu odsyłającego nie ma znaczenia, że w MBA powiatu ziemskiego Neuwied również przetwarzane są wstępnie w wielkiej ilości odpady resztkowe pochodzące od innych jednostek samorządu terytorialnego. W tym zakresie nie są to działania podejmowane na „na otwartym rynku” w rozumieniu art. 12 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24, gdyż są podejmowane w ramach współpracy komunalnej – nieobjętej zakresem stosowania europejskiego i krajowego prawa zamówień publicznych. Okoliczność ta, podobnie jak i fakt dostarczania małych ilości odpadów przez różnych dostawców sumujących się na ok. 500 Mg rocznie nie stoi na przeszkodzie wnioskowi, że spełnione są przesłanki z art. 12 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE w odniesieniu do odpadów wskazanych w tym punkcie.
- 14 Zachodzi jednak wątpliwość, jak należy ocenić porozumienie zawarte pomiędzy związkiem celowym a powiatem ziemskim Neuwied. W ocenie sądu odsyłającego wskazane porozumienie nie byłoby objęte zakresem stosowania europejskiego prawa zamówień publicznych, jeżeli „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” [art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2012/24]. Co należy pod tym sformułowaniem rozumieć, nie wynika ani z brzmienia przepisu, ani z orzecznictwa Trybunału, i jest w Niemczech sporne.
- 15 W ocenie sądu odsyłającego (rzekomy) odbiór 3 000 Mg odpadów mineralnych rocznie przez związek celowy stanowił od początku jedynie fikcję, która miała zataić brak koncepcji współdziałania. Ten aspekt porozumienia nie może być zatem brany pod uwagę w celu przyjęcia występowania współpracy.

- 16 W związku z powyższym istotna treść porozumienia celowego ogranicza się do zobowiązania powiatu ziemskiego Neuwied (zleceniobiorca) do odpłatnego wstępnego przetworzenia – zgodnie z krajowymi wymogami ustawowymi – dostarczonych przez związek celowy (zleceniodawca) odpadów resztkowych – w celu spełnienia przesłanek zamierzonego przez związek celowy składowania tych odpadów. Podejmując te działania strony realizują różne interesy, chociaż następuje to pod kopułą ogólnego interesu: zapewnienia należytego usuwania odpadów. Związek celowy musi wykonać nałożone na niego na mocy ustawy zadanie; w tym celu wymaga pomocy z zewnątrz, gdyż sam nie posiada instalacji MBA. Powiat ziemski Neuwied udziela tej pomocy, gdyż wraz przejściem wstępnego przetworzenia w zamian za zwrot kosztów, oczekuje ostatecznie bardziej ekonomicznego wykorzystania mocy przerobowej jego instalacji.
- 17 Sąd odsyłający poddaje jednak pod rozagę, że nie musi to prowadzić obligatoryjnie do tego, iż nie są spełnione przesłanki z art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, gdyż w tym kontekście należy również uwzględnić motyw 33 tej dyrektywy, zgodnie z którym instytucje zamawiające powinny mieć możliwość „postanowienia o wspólnym świadczeniu swych usług publicznych w drodze współpracy bez konieczności stosowania określonej formy prawnej”. Dla osiągnięcia tego celu „współpraca ta powinna opierać się na koncepcji współdziałania”. Powyższe wymaga jednak, „by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązanie do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy”.
- 18 Istnieją jednak wątpliwości co do tego, jak powinna wyglądać taka współpraca i czy wystarczający jest jedynie finansowy udział, ograniczający się do zwrotu kosztów.
- 19 Sąd odsyłający jest zdania, że porozumienie ograniczające się do odpłatnego outsourcingu części zadań spoczywających na jednym z uczestników jest „zwykłym” zamówieniem publicznym, nieobjętym wyjątkiem z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24, i to niezależnie od tego, czy – tak jak w niniejszej sprawie – uczestnicy, każdy na swoim obszarze, mają do wykonania identyczne zadania. Sąd skłania się do takiej wykładni zawartego tam pojęcia „współpracy”, że dla przyjęcia koncepcji współdziałania należy wymagać więcej; w szczególności udział każdego z uczestników wymaga więcej niż wykonanie i tak ciężących na nim obowiązków i wykracza też poza „udział” o charakterze wyłącznie finansowym. Wyrażając to inaczej: współpraca wymaga, aby każdy z uczestników brał udział w wykonaniu, który bez porozumienia o współdziałaniu nie byłby świadczony przez niego, lecz musiałby zostać dokonany przez innego uczestnika.
- 20 W związku z powyższym sąd odsyłający skłania się do uznania odwołania Remondis za zasadne, uważa jednak, że dla wydania takiego orzeczenia niezbędna jest wykładnia pojęcia „współpracy” w art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 przez Trybunał.