

Sprawa C-384/21**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

24 czerwca 2021 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Conseil d'État (Belgia)

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

15 czerwca 2021 r.

Strona skarżąca:

Commune de Farciennes

Druga strona postępowania:

Société wallonne du logement

1. Przedmiot i okoliczności faktyczne sporu:

- 1 Société de logement de service public Sambre et Biesme (spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej Sambre i Biesme, zwana dalej „SLSP Sambre et Biesme”) jest spółdzielnią z ograniczoną odpowiedzialnością, której głównymi współnikami są gminy Farciennes i Aiseau-Presles.
- 2 Należy ona do sieci spółek mieszkaniowych użyteczności publicznej nadzorowanych przez société wallonne du logement (walońską spółkę mieszkaniową) działającą w imieniu rządu Walonii.
- 3 W 2015 r. SLSP Sambre et Biesme oraz gmina Farciennes postanowiły utworzyć w Farciennes eko-dzielnicę składającą się z około 150 mieszkań. W tym celu strony zamierzały skorzystać ze wsparcia Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études Technique et Économiques (międzygminnej spółdzielni ds. zarządzania projektami technicznymi i ekonomicznymi oraz ich realizacji, zwanej dalej „IGRETEC”).

- 4 IGRETEC wykonuje zadania z zakresu użyteczności publicznej w wielu dziedzinach. Jej biuro projektowe i centralne biuro zakupów umożliwiają jej w szczególności wspieranie partnerów publicznych lub prywatnych w opracowywaniu i realizacji projektów dotyczących budynków przemysłowych lub publicznych, infrastruktury lub, bardziej ogólnie, wszystkich projektów urbanistycznych i środowiskowych.
- 5 IGRETEC została założona przez kilka gmin jako spółdzielnia z ograniczoną odpowiedzialnością, a jej współnikami jest obecnie ponad 70 gmin, w tym gmina Farciennes, i ponad 50 innych podmiotów publicznych.
- 6 Jej działalność regulują przepisy o spółkach handlowych. Jej statut zastrzega dla gmin większość głosów oraz przewodnictwo w poszczególnych organach zarządzających. Uchwały organów spółdzielni międzygminnej podejmowane są większością głosów gmin będących współnikami.
- 7 Kapitał zakładowy IGRETEC dzieli się na udziały pięciu kategorii, w tym głównie udziały A przyznane gminom (5 054 351 udziałów) oraz udziały C przyznane „innym udziałowcom prawa publicznego” (17 126 udziałów). W tym czasie żaden z członków zarządu nie reprezentował współników kategorii C. Ponadto w skład zarządu IGRETEC wchodził radny gminy Farciennes, który był również członkiem zarządu SLSP Sambre et Biesme.
- 8 W dniu 29 października 2015 r. SLSP Sambre et Biesme podjęła uchwałę o zakupie jednego udziału w IGRETEC, aby móc korzystać z jej usług, nawet jeżeli tylko w charakterze współnika bardzo mniejszościowego.
- 9 W celu określenia wzajemnych praw i obowiązków gminy Farciennes i SLSP Sambre et Biesme w zakresie projektowania i budowy eko-dzielnicy w Farciennes sporządzony został projekt umowy ramowej.
- 10 Artykuł 1 tej umowy przewiduje w szczególności prowadzenie postępowań o udzielenie wspólnych zamówień publicznych na usługi, roboty budowlane i promocję robót budowlanych oraz wyznaczenie gminy Farciennes do występowania w ich wspólnym imieniu jako instytucja zamawiająca i do podejmowania samodzielnie wszelkich decyzji związanych z prowadzeniem postępowań i udzielaniem zamówień.
- 11 Artykuł 5 tej umowy, zatytułowany „Wybór wsparcia przy zarządzaniu inwestycją w celu realizacji zamówień na usługi, roboty budowlane i promocję robót oraz w celu wykonania projektu rewitalizacji obszarów miejskich”, stanowi, że „strony zgodnie postanawiają, że gmina Farciennes zawrze z IGRETEC [...] umowę w sprawie wsparcia przy zarządzaniu inwestycją oraz w sprawie świadczenia usług prawnych i środowiskowych w ramach relacji »in house« łączącej każdą ze stron umowy ze wspomnianą spółdzielnią międzygminną”.
- 12 W dniu 9 lutego 2017 r. zarząd SLSP Sambre et Biesme podjął uchwały, po pierwsze, w sprawie „zatwierdzenia zawarcia umowy ramowej w sprawie

wspólnych zamówień z gminą Farcienes”, a po drugie, w sprawie „nieprzeprowadzania postępowania przetargowego w zakresie zamówienia publicznego na usługi inwentaryzacji azbestu”, dla którego zatwierdził wcześniej specyfikację warunków zamówienia „ze względu na relację in house między [SLSP Sambre et Biesme] a IGRETEC”. Owa specyfikacja warunków zamówienia jest opisana jako pierwszy etap realizacji projektu eko-dzielnicy w Farcienes.

- 13 W dniu 10 lutego 2017 r. te dwie uchwały z dnia 9 lutego 2017 r. zostały poddane kontroli przez société wallonne du logement (walońską spółkę mieszkaniową), która nadzoruje spółki mieszkaniowe użyteczności publicznej, ze względu na to, że przesłanki wyjątku „in house” nie są obecnie spełnione w relacjach między SLSP a IGRETEC oraz że zlecenia dawane IGRETEC przez SLSP podlegają reżimowi zamówień publicznych.
- 14 W dniu 25 lutego 2017 r. société wallonne du logement (walońska spółka mieszkaniowa) uchyliła uchwały SLSP Sambre et Biesme z uwagi na zawarcie z IGRETEC – bez przeprowadzenia postępowania przetargowego – umowy w sprawie wsparcia technicznego (art. 5 umowy ramowej) oraz umowy o świadczenie usług inwentaryzacji azbestu.
- 15 Jej zdaniem uzasadnione są wątpliwości co do tego, czy SLSP Sambre et Biesme wywiera decydujący wpływ na IGRETEC tym bardziej, że posiada ona tylko jeden udział w kapitale IGRETEC i że – a contrario – statut IGRETEC przyznaje gminom pozycję dominującą.
- 16 Wyznaczenie gminy Farcienes jako głównej instytucji zamawiającej w art. 1 umowy ramowej nie wystarczy, aby uzasadnić bezpośrednie udzielenie zamówień na rzecz IGRETEC w imieniu poszczególnych stron umowy ramowej, nawet jeśli gmina Farcienes indywidualnie korzysta z wyjątku „in house” w relacjach z IGRETEC. W ramach wspólnego zamówienia poszczególni partnerzy łączą się na etapie opracowania zlecenia, ale każdy z nich musi przestrzegać zwykłych procedur przetargowych.
- 17 Ta decyzja o uchyleniu uchwał jest przedmiotem niniejszej skargi.

2. Rozpatrywane przepisy:

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

- 18 Artykuł 12 stanowi:

„Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego

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

[...]

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. [...]

2. [...]

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

[...]

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. Umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania 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”.

3. Stanowisko stron:

A. Gmina Farciennes

19 Gmina Farciennes wskazuje przede wszystkim, że dyrektywa 2014/24 miała zostać transponowana najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2016 r. oraz że ustawodawca belgijski dokonał transpozycji tej dyrektywy ustawą z dnia 17 czerwca 2016 r., która w dniu wniesienia niniejszej skargi nie weszła jeszcze w życie. Przypomina ona, że bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne przepisy dyrektywy są bezpośrednio skuteczne, jeżeli nie zostały transponowane w wyznaczonym terminie.

20 Gmina Farciennes twierdzi, że warunki zastosowania wyjątku in house są spełnione w niniejszej sprawie zarówno w stosunkach między gminą Farciennes a IGRETEC, jak i w stosunkach między IGRETEC a SLSP Sambre et Biesme.

Zarzut pierwszy: „wspólny in house”

21 Gmina Farciennes przypomina, że „instytucje zamawiające sprawują analogiczną kontrolę nad spółką, której udzielono zamówienia, jeżeli posiadają taką pozycję statutową, która umożliwia im wywieranie wpływu jednocześnie na podejmowanie istotnych decyzji, jak i na strategiczne cele rzeczonyj spółki. W każdym razie taka spółka nie może być wyłącznie kontrolowana przez podmiot publiczny, który posiada w niej większościowy udział” (opinia rzeczownika

- generalnego P. Cruza Villalóna, Econord, C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:494, pkt 48).
- 22 Przypomina też, że „istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem była skuteczna, lecz nie jest niezbędne, by była indywidualna” (wyrok z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, pkt 46).
- 23 Stwierdza, że SLSP Sambre et Biesme posiada udział w kapitale IGRETEC, że udział ten nie jest czysto formalny lub symboliczny, że nie został on nabyty w celu „obejścia przepisów o zamówieniach publicznych” oraz że nie stoi na przeszkodzie spełnieniu warunku dotyczącego podobnej kontroli.
- 24 Odwołując się ponownie do wyroku z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, gmina Farciennes uważa, że liczba udziałów w kapitale spółki lub też procent, który stanowi udział takiego organu publicznego, nie jest kryterium decydującym, ponieważ Trybunał przyjął już, że w pewnych okolicznościach warunek dotyczący kontroli sprawowanej przez organ publiczny może być spełniony, gdy organ ten posiada jedynie 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego. Podnosi ona, że SLSP nie musi też posiadać „nadmiernych uprawnień uzasadniających decydujący wpływ”, że udział w kapitale nie jest rozstrzygający i że przy ocenie kryterium podobnej kontroli należy uwzględnić wszystkie istotne przepisy prawne oraz okoliczności danej sprawy.
- 25 Dodaje, że wystarczy jeden udział i że SLSP nie musi koniecznie obejmować udziałów w celu dokonania inwestycji, a tym samym uzyskania wyniku finansowego związanego z liczbą udziałów.
- 26 Powtarza, że nie ma większego znaczenia fakt, iż SLSP posiada jedynie symboliczny udział w IGRETEC, który jej zdaniem stanowi jedynie 0,0000000197% udziałów uprawniających do głosowania na zgromadzeniu wspólników. „Kryterium posiadania części kapitału nie może bowiem stanowić jedynego środka osiągnięcia tego celu, ponieważ kontrola analogiczna do tej, jaką sprawuje instytucja zamawiająca nad własnymi służbami, może przejawiać się w inny sposób niż za pomocą podejścia kapitałowego” (wyrok z dnia 18 czerwca 2020 r., Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, pkt 68).
- 27 Gmina Farciennes podnosi, że podobna kontrola jest faktycznie sprawowana wspólnie przez wszystkie władze publiczne nad organami spółdzielni międzygminnej i że „przewaga gmin” wpisana do statutu IGRETEC nie daje wyłącznie gminom uprawnienia do kontrolowania spółdzielni międzygminnej. Wyjaśnia, w jaki sposób statut IGRETEC wyraźnie wskazuje, że wspólnicy publiczni inni niż gminy mogą mieć decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje spółdzielni międzygminnej (udziały typu C przyznane wspólnikom innym niż gminy dają prawo głosu na zgromadzeniu wspólników, a każda z kategorii wspólników zbiera się oddzielnie w celu wyznaczenia liczby

kandydatów na członków zarządu, odpowiadającej liczbie mandatów, które mają być przyznane na jej wniosek).

- 28 Zauważa, że – tak jak w sprawie Coditel Brabant – owa przewaga gmin nie oznacza, iż IGRETEC posiada z tego tytułu „zakres autonomii”, który wyklucza sprawowanie przez SLSP kontroli podobnej do tej, jaką sprawuje nad swoimi własnymi jednostkami, zważywszy, że Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, iż związek międzygminny BRUTÉLÉ utworzono w formie spółdzielni międzygminnej (podobnie jak w przypadku IGRETEC), że nie miał on charakteru komercyjnego i że jego statut przewidywał wykonywanie zadań o znaczeniu gminnym, bez realizowania interesów odmiennych od interesów powiązanych z nim organów publicznych. Trybunał wyjaśnił również, że nie można wymagać, aby kontrola sprawowana przez organ publiczny miała charakter indywidualny, co skutkowałoby narzuceniem procedury przetargowej w większości przypadków, gdy organ publiczny zamierza przystąpić do ugrupowania składającego się z innych organów publicznych, takiego jak spółdzielnia międzygminna, oraz że taki rezultat nie byłby zgodny z prawem Unii w dziedzinie zamówień publicznych, ponieważ przyjmuje się, że organ publiczny ma możliwość wykonywania ciężących na nim zadań leżących w interesie publicznym za pomocą własnych środków administracyjnych, technicznych i innych, bez konieczności korzystania z usług podmiotów zewnętrznych, które nie należą do tych samych służb, oraz że ta możliwość korzystania przez organy publiczne z własnych środków w celu wykonywania ich zadań z zakresu usług publicznych może być realizowana we współpracy z innymi organami publicznymi.
- 29 Gmina Farcienes wskazuje, że relacja in house między SLSP a IGRETEC nie ma na celu obejścia przepisów dotyczących zamówień publicznych, ponieważ przedmiotem umowy jest właśnie podjęcie decyzji o udzielaniu wspólnych zamówień publicznych w ramach przygotowywania i realizacji robót mających na celu utworzenie eko-dzielnicy w Farcienes. Korzystanie z usług IGRETEC ma w szczególności umożliwić wsparcie przy zarządzaniu inwestycją w celu realizacji tych zamówień publicznych, z uwzględnieniem zadań spółdzielni międzygminnej, i nie ma żadnego uzasadnienia, aby SLSP była zobowiązana do „otwarcia się na rynek” w celu zapewnienia takiej współpracy, która w jej zamierzeniu miała mieć charakter czysto publiczny.
- 30 Gmina Farcienes uważa też, że z przeważającej pozycji gmin w organach spółdzielni międzygminnych nie wynika, by inni współnicy publiczni, tacy jak SLSP, byli współnikami wyłącznie mniejszościowymi, którzy nie mają decydującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje spółdzielni międzygminnych. Powołuje się ona na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i twierdzi, że nie jest konieczne, aby każda instytucja zamawiająca miała co najmniej jednego przedstawiciela w organach kierowniczych podmiotu, w celu spełnienia warunku podobnej kontroli. Uważa, że postanowienia statutu IGRETEC umożliwiają sprawdzenie, że wspólna kontrola jest faktycznie sprawowana przez wszystkie instytucje zamawiające, które są członkami IGRETEC, i że owa kontrola nie jest sprawowana wyłącznie przez współników

większościowych, którymi są gminy. W tym celu powtarza, że zarówno statut IGRETEC, jak i struktura SLSP Sambre et Biesme, której głównymi współnikami są gmina Farciennes i gmina Aiseau-Presles, które są również współnikami IGRETEC, świadczą o tym, że przesłanki wyjątku in house są spełnione i że w przypadku nieuwzględnienia tej wykładni należy zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

- 31 Zdaniem tej gminy aby stwierdzić istnienie relacji in house, nie można też wymagać od SLSP, aby miała co najmniej jednego członka w zarządzie IGRETEC lub należała do kategorii współników, którzy mają przeważającą pozycję w organach IGRETEC. W jej przekonaniu takie wymogi nie wynikają ani z orzecznictwa Trybunału, ani z art. 12 dyrektywy 2014/24. Przypomina „bardzo szczególne okoliczności sprawy, w której wydano wyrok Econord” (posiadanie przez instytucję zamawiającą prawie wszystkich akcji w podmiocie kontrolowanym) i twierdzi, że udział mniejszościowy nie jest sprzeczny z pojęciem wspólnej kontroli. Aby uznać istnienie relacji in house w kontekście wspólnej podobnej kontroli, jej zdaniem wystarczy stwierdzić, że każda instytucja zamawiająca „uczestniczy” w kapitale i w organach kierowniczych tego podmiotu, co oznacza jedynie, że współnicy mniejszościowi mogą „skutecznie przyczyniać się” do kontroli danego podmiotu, bez konieczności posiadania przedstawiciela w organie kierowniczym.
- 32 Gmina Farciennes wskazuje, że w ramach IGRETEC nie ma instytucji zamawiającej, która miałaby większość w porównaniu z innymi uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi i która mogłaby sama sprawować kontrolę. Wyjaśnia, że uzasadniła już, iż w niniejszym przypadku wspólną kontrolę nad IGRETEC rzeczywiście sprawowały wszystkie władze publiczne, które są członkami IGRETEC, i że należy uwzględnić wymogi Code de la démocratie locale et de la décentralisation (kodeksu demokracji lokalnej i decentralizacji), który narzuca przewagę gmin w spółdzielniach międzygminnych, przy czym owa przewaga nie oznacza jednak, że te ostatnie posiadają „zakres autonomii” wykluczający sprawowanie przez inne władze publiczne, takie jak SLSP, kontroli podobnej do tej, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami, ani też że spółdzielnie międzygminne, które nie mają charakteru komercyjnego, realizują interesy odmienne od interesów powiązanych z nimi organów publicznych. Przypomina w tym względzie, że dwoma głównymi współnikami SLSP Sambre et Biesme są gmina Farciennes i gmina Aiseau-Presles, które są również współnikami IGRETEC, zważywszy, że spółka mieszkaniowa jest niejako emanacją zadań, jakie gminy muszą wykonywać w zakresie publicznego budownictwa mieszkaniowego.
- 33 Zauważa, że w wyroku Coditel Brabant Trybunał Sprawiedliwości nie stwierdził też, że warunek podobnej kontroli został spełniony, ponieważ każda gmina będąca członkiem związku międzygminnego miała przedstawiciela w organach zarządzających, co dawało im kontrolę, przy czym Trybunał uznał w tym wyroku, że wystarczyło, aby zarząd danego związku międzygminnego składał się z „przedstawicieli gmin członkowskich, wyznaczonych przez walne

zgromadzenie”, które również składało się z „przedstawicieli gmin członkowskich”.

- 34 Na wypadek, gdyby Conseil d'État (rada stanu) nie zaakceptowała analizy gminy Farcienes, gmina ta proponuje zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem dotyczącym między innymi pojęcia wspólnej kontroli.
- 35 Gmina Farcienes przypomina, że jeden z jej radnych był jednocześnie członkiem zarządu IGRETEC i członkiem zarządu SLSP Sambre et Biesme. Podkreśla, że należy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności sprawy i powtarza, że symboliczny udział jest uzasadniony, ponieważ celem SLSP nie jest dokonanie inwestycji finansowej, lecz korzystanie ze wspólnych usług i struktury spółdzielni międzygminnej. Podkreśla ona, że Code de la démocratie locale et de la décentralisation (kodeks demokracji lokalnej i decentralizacji) ogranicza liczbę członków zarządu w spółdzielni międzygminnej i uważa, że wnioski płynące z wyroku Econord ograniczają się do stwierdzenia, iż nie może istnieć wspólnik większościowy, który narzuca wszystkim swój punkt widzenia, quod non w niniejszym przypadku. Stwierdza ona, że w niniejszej sprawie podobna kontrola jest sprawowana za pośrednictwem gminy Farcienes, która jest wspólnikiem zarówno IGRETEC, jak i SLSP Sambre et Biesme oraz ma swojego członka w zarządach tych dwóch podmiotów.

Zarzut drugi: „współpraca in house”

- 36 Pomocniczo gmina Farcienes podnosi, że w braku wspólnej kontroli art. 12 ust. 4 dyrektywy pozwala na współpracę horyzontalną między publicznymi instytucjami zamawiającymi. Utrzymuje ona, że współpraca między SLSP Sambre et Biesme, gminą Farcienes i IGRETEC wpisuje się w ramy takiej współpracy między instytucjami zamawiającymi, ponieważ w przypadku gminy i SLSP chodzi o realizację ich wspólnego projektu eko-dzielnicy, a w przypadku IGRETEC – o realizację jej zadań na rzecz wszystkich jej wspólników. Zdaniem tej gminy jest to zatem umowa mająca na celu osiągnięcie celów wspólnych dla każdej ze stron. Dodaje, że chodzi tu wyłącznie o interesy publiczne, podczas gdy IGRETEC wykonuje na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będącej przedmiotem współpracy.
- 37 Gmina Farcienes podnosi, że art. 12 ust. 4 dyrektywy przewiduje wspólne wykonywanie zadań dla osiągnięcia wspólnych celów, nawet jeśli wykonywane zadania są różne, że w związku z tym przewidziane zadania z zakresu usług publicznych nie są zadaniami wspólnymi i że strona przeciwna nie ma racji, twierdząc, że rozpatrywany przepis wymaga, aby przedmiotem umowy było wspólne świadczenie usług publicznych w drodze współpracy. W odniesieniu do okoliczności, że art. 12 ust. 4 odnosi się do „umowy” zawartej wyłącznie pomiędzy co najmniej dwiema instytucjami zamawiającymi, przypomina ona, że zgodnie z art. 2 dyrektywy pojęcie „zamówień publicznych” należy rozumieć jako umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których

przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Gmina ta uważa, że umowa ramowa w sprawie wspólnych zamówień rzeczywiście przewiduje taką współpracę, ponieważ jest to umowa, która przyczynia się do utworzenia nowej eko-dzielnicy, co wiąże się z budową nowych mieszkań przez SLSP Sambre et Biesme, podczas gdy gmina Farcienes również planuje budowę w tym miejscu nowych prywatnych mieszkań. Podkreśla, że celem umowy jest określenie wzajemnych praw i obowiązków stron w zakresie przygotowania i realizacji tych robót mających na celu utworzenie eko-dzielnicy w Farcienes, na które zostaną ogłoszone wspólne postępowania przetargowe, że postanowienia umowy regulują te zasady współpracy i zadania każdej ze stron w ramach owej współpracy oraz że jeden z elementów współpracy polega na tym, że gmina Farcienes zawiera z IGRETEC umowę w sprawie wsparcia przy zarządzaniu inwestycją oraz w sprawie świadczenia usług prawnych i środowiskowych w ramach relacji „in house” łączącej każdą ze stron ze wspomnianą spółdzielnią międzygminną, zgodnie z art. 5 umowy. Gmina dochodzi na tej podstawie do wniosku, że zadanie powierzone w ten sposób IGRETEC rzeczywiście implikuje współpracę między SLSP Sambre et Biesme a gminą Farcienes, jak przewidziano w art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy. Dodaje, że również w przypadku IGRETEC chodzi o współpracę z SLSP Sambre et Biesme oraz z gminą Farcienes, które są członkami spółdzielni międzygminnej, i że zadania IGRETEC obejmują między innymi zadania biura projektowego i zarządzającego. Jej zdaniem zdumiewające jest twierdzenie, że IGRETEC nie realizuje zadań z zakresu usług publicznych, ponieważ jest zwykłą spółdzielnią międzygminną, która realizuje wyłącznie zadania o znaczeniu gminnym, i że umowa nie spełnia warunków współpracy horyzontalnej ewidentnie nie dlatego, że utworzenie eko-dzielnicy nie jest objęte przedmiotem działalności wskazanym w statucie IGRETEC. Stwierdza na tej podstawie, że strona przeciwna błędnie rozumie treść i zakres warunków określonych w art. 12 ust. 4 dyrektywy.

- 38 Gmina Farcienes utrzymuje, że okoliczności niniejszej sprawy wchodzą w zakres pojęcia współpracy użytego w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24, tak jak sprecyzował je Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 czerwca 2020 r., Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, pkt 32–34), w którym stwierdził, że „zaistnienie współpracy między podmiotami należącymi do sektora publicznego opiera się na wspólnej strategii stron tej współpracy i wymaga, aby instytucje zamawiające połączyły wysiłki w celu świadczenia usług publicznych”, co wyklucza zwykły zwrot kosztów, ale obejmuje „wymiar, który z samej swej natury jest nastawiony na współpracę” i zakłada, że „podmioty sektora publicznego zamierzające zawrzeć takie porozumienie zdefiniują wspólnie ich potrzeby oraz konieczne do ich zaspokojenia rozwiązania”.
- 39 Gmina Farcienes stwierdza, że w niniejszym przypadku rzeczywiście istnieje „podejście oparte na współpracy między stronami”, ponieważ:
- między gminą Farcienes a IGRETEC istnieje relacja in house;

- gmina Farcienes i SLSP Sambre et Biesme realizują wspólny projekt budowy eko-dzielnicy i osiedla mieszkaniowego składającego się z około 150 mieszkań prywatnych i publicznych (z myślą o różnorodności społecznej), w ramach którego gmina i SLSP łączą swoje zasoby (w tym dotację uzyskaną przez SLSP);
 - gmina Farcienes i SLSP Sambre et Biesme są członkami IGRETEC w sektorze „biuro projektowe i zarządzające oraz centralne biuro zakupów”, z którego to powodu zdecydowano się na współpracę z IGRETEC;
 - umowa ramowa w sprawie wspólnych zamówień świadczy o tej współpracy między gminą, SLSP Sambre et Biesme oraz IGRETEC i nie ogranicza się do zapłaty ceny przez SLSP na rzecz IGRETEC, zważywszy, że odbywa się to faktycznie w ramach tej współpracy, ponieważ relacja in house łączy w każdym razie gminę Farcienes i IGRETEC, a strony uzgodniły, iż gmina Farcienes zawrze z IGRETEC umowę w sprawie wsparcia przy zarządzaniu inwestycją oraz w sprawie świadczenia usług prawnych i środowiskowych.
- 40 Gmina Farcienes uważa, że w niniejszym przypadku spełnione są przesłanki art. 12 ust. 4 dyrektywy, ponieważ przepis ten nie przewiduje ponadto, że instytucje zamawiające powinny „wspólnie świadczyć usługi publiczne”, że zainteresowane instytucje zamawiające nie mogą realizować projektów na rzecz osób prywatnych lub że przedmiotem działalności współpracujących partnerów powinno być konkretne przedsięwzięcie, które jest objęte współpracą. Dodaje ona, że przewidziana tu współpraca dotyczy wyłącznie świadczenia usług na rzecz władz publicznych i że w ramach umowy IGRETEC wykonuje również swoje zadania z zakresu usług publicznych i świadczy usługi publiczne na rzecz dwóch swoich członków, którzy są współnikami spółdzielni międzygminnej właśnie w celu wykonywania tych zadań z zakresu usług publicznych.
- 41 Na wypadek, gdyby Conseil d'État (rada stanu) nie zaakceptowała analizy gminy Farcienes, gmina ta proponuje zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem dotyczącym tej kwestii.

B Société wallonne du logement

Zarzut pierwszy: „wspólny in house”

- 42 Société wallonne du logement (walońska spółka mieszkaniowa) zwraca przede wszystkim uwagę, że art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24, na który powołuje się SLSP Sambre et Biesme, nie jest bezpośrednio skuteczny. Przypomina, że tylko przepisy, które ustanawiają regułę postępowania, a zatem przyznają jednostkom prawa podmiotowe, mogą być bezpośrednio skuteczne, natomiast wspomniany przepis dyrektywy 2014/24 nie spełnia tego wymogu, ponieważ nie nakłada na państwo żadnego obowiązku działania lub zaniechania działania na rzecz podmiotu gospodarczego. Uważa ona, że – przeciwnie – przepis ten jedynie pozwala państwu na niestosowanie do zamówienia trybu przetargowego, jeżeli

- spełnione są określone warunki. Wyciąga z tego wniosek, że SLSP Sambre et Biesme nie może powoływać się na ten przepis w celu uzasadnienia nieprzestrzegania zasady postępowania przetargowego w niniejszej sprawie. Jeśli Conseil d'État (rada stanu) nie podziela jej stanowiska, proponuje zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem o bezpośrednią skuteczność tego przepisu.
- 43 Następnie wyjaśnia, dlaczego jej zdaniem w niniejszym przypadku nie zostały spełnione przesłanki istnienia stosunku „wspólnego in house” między SLSP Sambre et Biesme z jednej strony a IGRETEC z drugiej strony.
- 44 Przypomina, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału stosunek umowny, który powstaje między dwiema odrębnymi pod względem prawnym osobami, może zostać uznany za „in house”, jeżeli osoba zamawiająca produkt lub usługę sprawuje nad osobą, która je dostarcza, kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, i jeżeli osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z organem lub organami władzy publicznej, które ją tworzą.
- 45 Wyjaśnia, że podmiot zlecający musi być instytucją zamawiającą i dysponować uprawnieniami kontrolnymi umożliwiającymi mu „wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółdzielnię [i musi] tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje” (wyrok z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, pkt 28), wobec czego kontrola, która jest podobna, oznacza coś więcej niż zwyczajny dominujący wpływ, ponieważ zakłada kontrolę nad podmiotem, która obejmuje zarówno decyzje strategiczne, jak i indywidualne decyzje w zakresie zarządzania. Dodaje, że intensywność sprawowanej kontroli należy oceniać całościowo w świetle całego zarządzania i struktur danego podmiotu, a nie w odniesieniu do jego konkretnego zachowania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. wyrok z dnia 17 lipca 2008 r., Komisja/Włochy, C-371/05, niepublikowany, EU:C:2008:410).
- 46 Podnosi ona, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału, o ile nie jest już wymagane, aby każdy podmiot posiadał indywidualnie w stosunku do kontrolowanego podmiotu taki sam decydujący wpływ, jak gdyby organizował działalność w sposób autonomiczny i wewnętrzny, ani aby podmiot publiczny posiadał większościowy udział, tak by kontrola mogła być sprawowana wspólnie, o tyle jest tak pod warunkiem w szczególności, że nie ma żadnej rozbieżności interesów w bieżącym zarządzaniu zadaniami z zakresu usług publicznych powierzonymi kontrolowanemu podmiotowi, że podmiot ten nie może realizować celów niezależnie od swoich wspólników i że w związku z tym ów podmiot nie ma orientacji rynkowej. Zwraca uwagę, że ostatnio w wyroku z dnia 29 listopada 2012 r., Econord (C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:758, pkt 31), Trybunał doprecyzował warunki kontroli podobnej w przypadku „wspólnego in house”, wskazując, że każda z instytucji zamawiających musi uczestniczyć zarówno w kapitale, jak i w organach kierowniczych podmiotu będącego wykonawcą, a kontrola nad nim nie może opierać się wyłącznie na uprawnieniach kontrolnych instytucji publicznej, która posiada udział większościowy w kapitale tego

podmiotu, gdyż „[p]ozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką pozwalałaby bowiem na obchodzenie przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego zgodnie z przepisami Unii, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu analogicznej kontroli nad tą jednostką”. Société wallonne du logement (walońska spółka mieszkaniowa) zauważa, że w tej sprawie Trybunał stwierdził, iż do włoskiej rady stanu należy ustalenie, czy porozumienie akcjonariuszy zawarte przez instytucje zamawiające pozwala im na skuteczne przyczynianie się do kontroli podmiotu będącego wykonawcą (pkt 32), skoro każda z nich posiada tylko jedną akcję w spółce będącej wykonawcą. Twierdzi ona, że w drodze takiego rozstrzygnięcia Trybunał chce uniknąć ryzyka obejścia przepisów dotyczących zamówień publicznych za pomocą czysto formalnego uczestnictwa we wspólnym podmiocie i potwierdza swoje wcześniejsze orzecznictwo, które wymaga faktycznego uprawnienia do strukturalnej i funkcjonalnej kontroli nad spółką będącą wykonawcą, mimo że instytucje zamawiające posiadają bardzo mniejszościowy udział w kapitale.

- 47 Stwierdza, że decyzja zarządu SLSP Sambre et Biesme z dnia 29 października 2015 r. o nabyciu udziału w IGRETEC miała na celu wyłącznie uniknięcie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz że o ile korzystanie z usług podmiotu będącego w posiadaniu kilku instytucji zamawiających nie uniemożliwia co do zasady skorzystania z wyjątku „in house”, o tyle jest tak pod warunkiem, że instytucja zamawiająca, która korzysta z usług tego podmiotu, sprawuje nad nim faktyczną kontrolę strukturalną i funkcjonalną, co zakłada udział zarówno w kapitale, jak i w organach kierowniczych podmiotu będącego wykonawcą, oraz że kontrola ta pozwala wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje podmiotu będącego wykonawcą.
- 48 Następnie wyjaśnia, dlaczego w świetle udziałów objętych w IGRETEC uczestnictwo SLSP Sambre et Biesme, która posiada tylko jeden udział w kapitale IGRETEC, jest całkowicie symboliczne, ponieważ stanowi on, zgodnie z jej wyliczeniami, zaledwie 0,000000197% udziałów dających prawo głosu na zgromadzeniu wspólników (wspólnicy kategorii A, C i P). Wskazuje również, że w zarządzie IGRETEC nie ma żadnego członka zarządu z ramienia SLSP Sambre et Biesme, zaś gminy (wspólnicy kategorii A) mają w ramach kontroli organów IGRETEC głos przeważający. Zdaniem société wallonne du logement (walońskiej spółki mieszkaniowej) w zakresie, w jakim statut IGRETEC przewiduje, że wspólnicy kategorii A (gminy) posiadają większość w zarządzie, ich uprawnienia uniemożliwiają wspólnikom innych kategorii, w tym SLSP Sambre et Biesme, faktyczne uczestnictwo w strukturalnej i funkcjonalnej kontroli IGRETEC oraz wywieranie decydującego wpływu na jej cele strategiczne oraz istotne decyzje.

- 49 Société wallonne de logement (walońska spółka mieszkaniowa) zwraca uwagę, że wyjątek „in house” podlega ścisłej wykładni oraz że ciężar dowodu spoczywa na stronie, która powołuje się na niego. Zauważa, że aby uzasadnić podobną wspólną kontrolę, organy decyzyjne podmiotu będącego wykonawcą muszą składać się z przedstawicieli wszystkich instytucji zamawiających, zaś SLSP Sambre et Biesme nie ma przedstawiciela w zarządzie IGRETEC. Dodaje, że radny z gminy Farciennes, który zasiada w tym zarządzie, działa jedynie jako przedstawiciel gminy Farciennes, a nie spółki SLSP Sambre et Biesme. Stwierdza na tej podstawie, że przesłanka kontroli typu „wspólny in house” nie jest spełniona.

Zarzut drugi: „współpraca in house”

- 50 Przede wszystkim société wallonne du logement (walońska spółka mieszkaniowa) neguje jakąkolwiek bezpośrednią skuteczność art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24, który odnosi się do „nieinstytucjonalizowanej współpracy horyzontalnej między instytucjami zamawiającymi”, zważywszy, że przepis ten nie przyznaje podmiotowi gospodarczemu żadnych praw podmiotowych, gdyż nie nakłada na państwo żadnego obowiązku działania lub zaniechania działania.
- 51 Wyjaśnia następnie, że gmina Farciennes nie wykazała, iż trzy kumulatywne warunki zastosowania tego przepisu zostały spełnione w niniejszym przypadku, a mianowicie, że: (1) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one świadczyć, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają; (2) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym oraz (3) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będącej przedmiotem współpracy.
- 52 Podnosi ona, że umowa zawarta między SLSP Sambre et Biesme, gminą Farciennes i IGRETEC nie stanowi umowy zawartej wyłącznie między instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one świadczyć, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają. Podkreśla, że sporna umowa dotyczy świadczenia powierzonych IGRETEC przez gminę Farciennes i SLSP Sambre et Biesme usług biura projektowego, które są wykonywane pod ich nadzorem, oraz że w związku z tym owa umowa nie ma na celu umożliwienia umawiającym się stronom wspólnego świadczenia usług publicznych w drodze współpracy. Zauważa ponadto, że IGRETEC świadczy takie usługi biura projektowego specjalizującego się w opracowywaniu, realizacji i wdrażaniu projektów zarówno dla partnerów publicznych, jak i prywatnych, wobec czego nie wykonuje zadań z zakresu usług publicznych.
- 53 Wyjaśnia, że zasadniczo cele SLSP Sambre et Biesme i gminy Farciennes, polegające na utworzeniu eko-dzielnicy, wyraźnie różnią się od przedmiotu działalności IGRETEC.

Dochodzi na tej podstawie do wniosku, że umowa zawarta między SLSP Sambre et Biesme, gminą Farcienes i IGRETEC nie spełnia warunków współpracy horyzontalnej. Jej zdaniem IGRETEC działa jako zwykły usługodawca świadczący usługi za wynagrodzeniem i nie ma tu „prawdziwej współpracy” między trzema podmiotami w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

- 54 Na wypadek, gdyby Conseil d'État (rada stanu) nie zaakceptowała tego stanowiska, société wallonne du logement (walońska spółka mieszkaniowa) uważa, że należy zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem dotyczącym tej kwestii.

4. Ocena Conseil d'État

A. Zarzut pierwszy: „wspólny in house”

- 55 Fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych (wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50, 51; motyw 31 dyrektywy 2014/24). Relacja „in house” stanowi wyjątek od stosowania tych przepisów. Przesłanki skorzystania z tego wyjątku podlegają zatem wykładni zawężającej, a do osoby powołującej się na niego należy wykazanie, że przesłanki te zostały spełnione (wyroki: z dnia 13 października 2005 r., Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, pkt 63; z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 23).
- 56 W ramach relacji „wspólny in house” podmiot należy do kilku instytucji zamawiających i sprawują one nad nim „wspólnie” kontrolę „podobną” do kontroli, jaką sprawują nad własnymi jednostkami.
- 57 Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że sprawowanie „podobnej kontroli” (zwykłej lub wspólnej) zakłada w każdym przypadku, że instytucja zamawiająca (instytucje zamawiające) sprawuje (sprawują), samodzielnie lub wspólnie, faktyczną kontrolę strukturalną i funkcjonalną nad spółką będącą wykonawcą, co powinno umożliwić instytucji zamawiającej (instytucjom zamawiającym) wywieranie decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje tej spółki. Intensywność sprawowanej kontroli należy oceniać całościowo w świetle całego zarządzania i struktur danego podmiotu. Ocena ta powinna uwzględniać wszystkie przepisy prawne oraz istotne okoliczności sprawy (wyroki: z dnia 13 października 2005 r., Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, pkt 65; z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 36; z dnia 17 lipca 2008 r., Komisja/Włochy, C-371/05, niepublikowany, pkt 24; z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, pkt 28; z dnia 10 września 2009 r., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 65; z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 24).

- 58 Ponadto zgodnie z orzecznictwem Trybunału okoliczność, że w skład organów decyzyjnych podmiotu będącego wykonawcą wchodzi osoby delegowane przez instytucję zamawiającą (instytucje zamawiające), wskazuje, że ta ostatnia sprawuje (te ostatnie sprawują) kontrolę nad tymi organami decyzyjnymi, a zatem jest (są) w stanie wywierać decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje tego podmiotu (wyrok z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, pkt 34).
- 59 W szczególności w odniesieniu do przypadku podobnej kontroli sprawowanej „wspólnie” przez kilka instytucji zamawiających z orzecznictwa Trybunału wynika, że posiadanie przez jedną z instytucji zamawiających czysto symbolicznego udziału w spółce będącej wykonawcą nie pozwala samo w sobie uznać, że warunek „podobnej kontroli” nie został spełniony w stosunku do niej (wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r., Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, pkt 58–61).
- 60 Tymczasem sama SLSP Sambre et Biesme przyznaje, że aby móc powołać się na „podobną wspólną kontrolę”, instytucja zamawiająca musi wykazać, iż jest w stanie w pewien sposób uczestniczyć w kontroli podmiotu będącego wykonawcą. SLSP Sambre et Biesme nie wykazuje jednak żadnej zdolności do kontrolowania IGRETEC. W tym względzie w zaskarżonej decyzji wskazano, że „statut IGRETEC przyznaje wyższą pozycję wspólnikom będącym gminami (kategoria A) kosztem innych podmiotów publicznych (kategorii C)”, że „wspólnicy kategorii C, do której należy SLSP Sambre et Biesme, nie mają gwarancji, że będą reprezentowani w zarządzie przez swoich własnych członków i że liczba głosów, którą dysponują, odpowiada liczbie posiadanych udziałów”, że „posiadanie bardzo małej części kapitału zakładowego IGRETEC daje [...] niewielki wpływ”, że „tylko gminy będące wspólnikami mają możliwość blokowania uchwał zgromadzenia wspólników”, że „statut IGRETEC w sposób oczywisty przyznaje istotne uprawnienia kontrolne gminom (kategoria A)” oraz że „statut IGRETEC obecnie przyznaje gminom pozycję dominującą, wobec czego SLSP Sambre et Biesme nie jest w stanie wykazać, iż pozostali wspólnicy publiczni również mają rzeczywisty i decydujący wpływ”.
- 61 Z wyroku z dnia 29 listopada 2012 r., Econord (C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:758, pkt 31, 33), wynika, że aby móc powoływać się na „łączną analogiczną kontrolę”, instytucja zamawiająca musi „uczestniczy[ć] zarówno w kapitale rzeczonyj jednostki, jak też w jej organach kierowniczych”, w taki sposób, aby mogła „skuteczni[e] przyczyniani[ać] się do kontroli” nad tym podmiotem. Trybunał podkreślił, że nie można pozbawić znaczenia pojęcia „łącznej kontroli” i wyjaśnił, że „[p]ozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką pozwalałaby bowiem na obchodzenie przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję

zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego zgodnie z przepisami Unii, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu »analogicznej kontroli« nad tą jednostką».

- 62 Nasuwa się jednak pytanie, w jakim zakresie i w jaki sposób instytucja zamawiająca powinna „uczestniczyć” w organach kierowniczych podmiotu kontrolowanego i „skutecz[n]ie przyczynia[ć] się do kontroli”. W wyroku z dnia 8 maja 2014 r., *Datenlotsen Informationsysteme* (C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 28), Trybunał orzekł, że nie istnieje żaden stosunek kontroli między instytucją zamawiającą a podmiotem będącym wykonawcą, jeżeli instytucja zamawiająca nie ma udziałów w kapitale tego podmiotu i „nie ma prawnego przedstawiciela w jego organach kierowniczych”.
- 63 Artykuł 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 wydaje się wyjaśniać pojęcie „uczestnictwa” w organach decyzyjnych podmiotu kontrolowanego, stanowiąc, że:
- „(i) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających. Poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające”.
- 64 W niniejszej sprawie SLSP Sambre et Biesme nabyła w dniu 29 października 2015 r. za cenę 6,20 EUR jeden udział w IGRETEC w celu bezpośredniego korzystania z jej usług. Ten jeden udział stanowił na dzień 31 grudnia 2015 r. 0,0000049% z 20 366 778 udziałów w spółdzielni międzygminnej oraz 0,0000197% z 5 071 477 udziałów dających prawo głosu na zgromadzeniu wspólników. Z dokumentów tych wynika również, że w tym samym czasie wspólnicy „kategorii C” posiadali łącznie 0,084% udziałów w spółdzielni międzygminnej oraz 0,34% udziałów uprawniających do głosowania na zgromadzeniu wspólników. Wspólnicy „kategorii C”, w szczególności SLSP Sambre et Biesme, zajmowali zatem w IGRETEC pozycję wspólników bardzo mniejszościowych.
- 65 Ta bardzo mniejszościowa pozycja nie pozwalała wspólnikom kategorii C na faktyczne przyczynianie się do kontroli nad IGRETEC. Ponadto statut przyznawał, pod każdym względem i we wszystkich organach decyzyjnych, pozycję dominującą gminom (wspólnikom kategorii A). Nie można przychylić się do twierdzenia SLSP Sambre et Biesme, że wspólnicy kategorii C byli reprezentowani w zarządzie IGRETEC. Z uwagi na ograniczoną liczbę członków zarządu bardzo mniejszościowa pozycja wspólników kategorii C nie pozwala im de facto posiadać w zarządzie osoby, która reprezentowałaby ich w tym organie, a statut IGRETEC w żadnym razie nie gwarantuje, że w skład zarządu wejdzie osoba wybrana przez wspólników kategorii C do ich reprezentowania. Tak więc w zaskarżonej decyzji słusznie wskazano, że „[w]spólnicy kategorii C, do której należy SLSP Sambre et Biesme, nie mają gwarancji, że będą reprezentowani w zarządzie przez swoich własnych członków”. Z powyższych okoliczności wynika, że wspólnicy kategorii C, do której należy SLSP Sambre et Biesme,

w żadnym stopniu i w żaden sposób nie uczestniczą w wykonywaniu wspólnej kontroli nad IGRETEC.

- 66 Jednakże w trakcie rozprawy SLSP Sambre et Biesme podniosła, że w chwili zaistnienia stanu faktycznego w zarządzie IGRETEC zasiadał radny gminy Farcienes, który był zarazem członkiem zarządu SLSP Sambre et Biesme. SLSP Sambre et Biesme nie była jednak w stanie wykazać, że taka konfiguracja była przewidziana i gwarantowana przez prawo. Ponadto osoba ta zasiadała w zarządzie IGRETEC w charakterze „radnego gminy Farcienes”. Nic nie wskazuje na to, by z tego tytułu owa osoba miała również reprezentować interesy SLSP Sambre et Biesme, mimo że faktycznie była ona też członkiem zarządu tej spółki.
- 67 SLSP Sambre et Biesme utrzymuje jednak, że ten stan rzeczy jest wystarczający, aby wykazać „uczestnictwo” SLSP Sambre et Biesme w organach decyzyjnych IGRETEC i aby uznać, że sprawuje ona „podobną wspólną kontrolę” nad tą spółdzielnią międzygminną za pośrednictwem gminy Farcienes, która jest współnikiem zarówno IGRETEC, jak i SLSP i posiada członka w zarządzie każdego z tych podmiotów. Przypomina ona w tym względzie, że weryfikację takiej kontroli należy przeprowadzać *in concreto* z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy i że wystarczy, aby taka kontrola miała miejsce, niezależnie od sposobu, w jaki rzeczywiście jest ona sprawowana.
- 68 W tej kwestii należy zwrócić się z pytaniem do Trybunału Sprawiedliwości. Należy jednak zaznaczyć, że o ile SLSP Sambre et Biesme podnosi, iż gmina Farcienes jest współnikiem zarówno SLSP Sambre et Biesme, jak i IGRETEC oraz sprawuje kontrolę nad tymi dwoma podmiotami, o tyle nie twierdzi, że istnieje relacja typu „collateral in house”, która pozwala dwóm podmiotom kontrolowanym przez tę samą instytucję zamawiającą zawierać ze sobą umowy bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przetargowego. W każdym razie wydaje się, że warunek takiej kontroli może być spełniony tylko wówczas, gdy dwa podmioty, które zawierają umowę, są kontrolowane w sposób wyłączny przez ten sam organ (opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego, C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, EU:C:2014:23, pkt 44, 45), co w niniejszym przypadku nie ma miejsca, ponieważ gmina Farcienes posiada IGRETEC i SLSP Sambre et Biesme jedynie wspólnie z innymi współnikami publicznymi, a nawet prywatnymi, jeśli chodzi o ten ostatni podmiot.
- 69 Strony sporu wydają się ponadto uważać, że odpowiedź na postawione pytanie może być różna w zależności od tego, czy uzna się, że art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24, obowiązujący w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy, był bezpośrednio skuteczny, czy też nie. W związku z tym należy również zwrócić się do Trybunału z pytaniem, czy trzeba uznać taką skuteczność ww. przepisu, mając na uwadze, że w wyroku z dnia 3 października 2019 r., *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 46, 49), Trybunał nie wypowiedział się wprawdzie w przedmiocie bezpośredniej skuteczności art. 12 wspomnianej dyrektywy, lecz orzekł już w odniesieniu do ust. 1 tego przepisu, że nie może on nakładać na

państwa członkowskie obowiązku udzielania zamówień typu „in house”, jeżeli spełnione są warunki przewidziane w tym przepisie, oraz że państwo członkowskie może nałożyć na instytucję zamawiającą warunki nieprzewidziane w art. 12 ust. 1, od których może być uzależnione udzielenie wewnętrznego zamówienia.

- 70 Conseil d'État (rada stanu) zada w tym względzie pierwsze trzy pytania przedstawione poniżej.

B Zarzut drugi: „współpraca in house”

- 71 Gmina Farcienes powołuje się posiłkowo na istnienie współpracy horyzontalnej między instytucjami zamawiającymi w rozumieniu art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24.
- 72 Jak już wskazano w ramach badania zarzutu pierwszego, ustawa transponująca dyrektywę 2014/24 nie obowiązywała jeszcze w czasie zaistnienia spornych okoliczności faktycznych, a termin na transpozycję tej dyrektywy już upłynął. Należy zatem zwrócić się w pierw do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, czy powinno się uznać bezpośrednią skuteczność art. 12 ust. 4 tej dyrektywy.
- 73 Horyzontalna współpraca publiczno-publiczna stanowi wyjątek od stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. Podobnie jak w przypadku relacji „in house” przesłanki warunkujące powołanie się na taką współpracę podlegają wykładni zawężającej, a do osoby powołującej się na nią należy wykazanie, że przesłanki te zostały spełnione.
- 74 Wśród przesłanek warunkujących powołanie się na współpracę horyzontalną art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 wymaga między innymi, aby „umowa” ustanawiała lub wdrażała „współpracę” między „uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi” w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one świadczyć, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają.
- 75 W wyroku z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 57–60), Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił, że art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 odnosi się jedynie „do wspólnoty celów, bez wymogu wspólnego świadczenia tej samej usługi publicznej [lub] by działalność z zakresu usług publicznych była prowadzona wspólnie przez podmioty publiczne uczestniczące we współpracy”, ponieważ z motywu 33 dyrektywy wynika, że „[u]sługi świadczone przez poszczególne uczestniczące [w takiej współpracy] instytucje nie muszą być identyczne; mogą mieć również charakter komplementarny”. Trybunał stwierdził na tej podstawie, że art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 „należy interpretować w ten sposób, że zezwala on uczestniczącym we współpracy instytucjom zamawiającym na wykonywanie zadań z zakresu usług publicznych zarówno wspólnie, jak i indywidualnie, pod warunkiem że ich współpraca umożliwia osiągnięcie ich wspólnych celów” oraz że „współpraca podmiotów publicznych może obejmować wszystkie rodzaje

działalności związane z wykonaniem usług oraz obowiązków nałożonych na uczestniczące instytucje lub przyjętych przez te instytucje”. Trybunał dodał ponadto, że wyrażenie „wszystkie rodzaje działalności” może „obejmować działalność pomocniczą w stosunku do usługi publicznej, pod warunkiem że ta działalność pomocnicza przyczynia się do faktycznego świadczenia zadania z zakresu usług publicznych, które jest przedmiotem współpracy między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi”.

- 76 W wyroku z dnia 4 czerwca 2020 r., Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436, pkt 32–34), Trybunał Sprawiedliwości przypomniał, że art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 i przewidziane w nim wyłączenie są zależne od istnienia „prawdziwej współpracy” między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi: „zawarcie porozumienia o współpracy między podmiotami należącymi do sektora publicznego powinno jawić się jako wynik zabiegów na rzecz współpracy między stronami tegoż porozumienia (zob. podobnie wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy, C-480/06, EU:C:2009:357, pkt 38). Ustanowienie współpracy między podmiotami należącymi do sektora publicznego obejmuje bowiem wymiar, który z samej swej natury jest nastawiony na współpracę, a którego brakuje w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia objętego zasadami przewidzianymi w dyrektywie 2014/24. W związku z tym przygotowanie porozumienia o współpracy zakłada, że podmioty sektora publicznego zamierzające zawrzeć takie porozumienie zdefiniują wspólnie ich potrzeby oraz konieczne do ich zaspokojenia rozwiązania. Natomiast taki etap oceny i definiowania potrzeb jest co do zasady jednostronny w ramach udzielania zwykłego zamówienia publicznego. W tym ostatnim przypadku instytucja zamawiająca ogranicza się bowiem do ogłoszenia przetargu, podając ustalone przez nią samą warunki udzielenia zamówienia. Wynika stąd, że zaistnienie współpracy między podmiotami należącymi do sektora publicznego opiera się na wspólnej strategii stron tej współpracy i wymaga, aby instytucje zamawiające połączyły wysiłki w celu świadczenia usług publicznych” (podkreślenie dodane).
- 77 W niniejszej sprawie gmina Farciennes i SLSP Sambre et Biesme są jedynymi stronami umowy ramowej w sprawie wspólnych zamówień na usługi, roboty budowlane i promocję robót budowlanych, dotyczącej przygotowania i realizacji robót mających na celu utworzenie eko-dzielnicy w Farciennes. IGRETEC nie jest stroną tej umowy. Prawdą jest, że działalność związana ze wsparciem przy zarządzaniu inwestycją oraz świadczeniem usług prawnych i środowiskowych, którą powierzono IGRETEC, należy do zadań z zakresu usług publicznych, których realizację owa spółdzielnia międzygminna musi zapewnić i dla których została ona powołana. Jednakże sam fakt, że IGRETEC wykonuje te zadania w ramach umowy zawartej między gminą Farciennes a SLSP Sambre et Biesme w celu realizacji projektu eko-dzielnicy w Farciennes, nie oznacza, że sama IGRETEC współpracuje przy tym projekcie lub że dąży do wspólnego celu razem ze stronami tej umowy.
- 78 Z tych różnych elementów wynika, że IGRETEC nie może być uznana za „stronę porozumienia o współpracy”, które „zakłada, że podmioty [...] zdefiniują

wspólnie ich potrzeby oraz konieczne do ich zaspokojenia rozwiązania”, które „opiera się na wspólnej strategii stron tej współpracy”, które „wymaga, aby instytucje zamawiające połączyły wysiłki w celu świadczenia usług publicznych” i którego zawarcie „jawi[...] się jako wynik zabiegów na rzecz współpracy”.

- 79 Gmina Farcienes wydaje się jednak utrzymywać, że powierzone IGRETEC zadania związane ze wsparciem przy zarządzaniu inwestycją oraz świadczeniem usług prawnych i środowiskowych mogą spełniać warunki art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 z tego względu, że zadania te wpisują się w ramy współpracy między między SLSP Sambre et Biesme a gminą Farcienes, że relacja typu „wspólny in house” łączy w każdym razie gminę Farcienes i IGRETEC oraz że gmina i SLSP Sambre et Biesme są członkami IGRETEC właśnie w sektorze „biuro projektowe i zarządzające oraz centralne biuro zakupów”. Conseil d’État (rada stanu) zada w tym względzie pytania czwarte i piąte.

5. Pytania prejudycjalne:

- 80 Conseil d’État (rada stanu) zadaje następujące pytania:
- 1) Czy art. 12 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?
 - 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że warunek, aby instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółdzielni międzygminnej, jest spełniony z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółdzielni międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółdzielni międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?
 - 3) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy należy uznać, że instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, „uczestniczy” w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółdzielni międzygminnej, z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółdzielni międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno

podmiotu kontrolowanego (spółdzielni międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?

4) Czy art. 12 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?

5) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na to pytanie: czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na powierzenie, bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przetargowego, zadań związanych ze wsparciem przy zarządzaniu inwestycją oraz świadczeniem usług prawnych i środowiskowych instytucji zamawiającej, w tym przypadku spółdzielni międzygminnej, jeżeli zadania te wpisują się w ramy współpracy między dwiema innymi instytucjami zamawiającymi, w tym przypadku gminą i spółką mieszkaniową użyteczności publicznej, jeżeli bezsporne jest, że gmina sprawuje kontrolę typu „wspólny in house” nad spółdzielnią międzygminną i jeżeli gmina oraz spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej są członkami spółdzielni międzygminnej w sektorze „biuro projektowe i zarządzające oraz centralne biuro zakupów” w ramach przedmiotu jej działalności dotyczącego konkretnie zadań, które chcą jej powierzyć, które to zadania odpowiadają działalności prowadzonej na rynku przez biura projektowe i zarządzające specjalizujące się w opracowywaniu, realizacji i wdrażaniu projektów?