

**Sprawa C-692/23**

**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym  
złożonego na podstawie art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed  
Trybunałem Sprawiedliwości**

**Data wpływu:**

17 listopada 2023 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Gerechtshof Den Haag (Niderlandy)

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

14 listopada 2023 r.

**Strona powodowa:**

AVR-Afvalverwerking BV

**Strona pozwana:**

NV BAR-Afvalbeheer

Gmina Barendrecht

Gmina Albrandswaard

Gmina Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

---

**Przedmiot postępowania głównego**

Sprawa w postępowaniu głównym dotyczy zamówień udzielonych przez trzy gminy prowincji Zuid-Holland i przez pośredniczącą osobę prawną na zagospodarowanie odpadów z gospodarstw domowych położonych w tych gminach, wobec których, zdaniem powódki, niesłusznie nie przeprowadzono postępowania przetargowego.

## **Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

Niniejszy wniosek na podstawie art. 267 TFUE dotyczy kwestii tego, czy do celów zastosowania ustanowionego w dyrektywie 2014/24 „kryterium działalności”, którego spełnienie skutkuje tym, iż udzielenie zamówienia publicznego nie jest obowiązkowe, w wypadku kontrolowanej osoby prawnej, która należy do grupy, należy brać pod uwagę wyłącznie obrót kontrolowanej osoby prawnej, czy też całej grupy, i w jaki sposób należy określać, jakie podmioty stanowią część tej grupy, a w przypadku pierwszym, czy określając wysokość obrotu kontrolowanej osoby prawnej należy uwzględnić również obrót wygenerowany przez osoby trzecie korzystające ze składowiska użytkowanego przez tę osobę prawną.

## **Pytania prejudycjalne**

„1. Czy kryterium działalności ustanowione w art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 12 ust. 5 tej dyrektywy

należy interpretować w ten sposób, że

w sytuacji gdy do celów ustalenia odsetka działalności, o którym mowa w tych przepisach, uwzględnia się obrót, a kontrolowana osoba prawna należy do grupy,

należy brać pod uwagę jedynie obrót samej kontrolowanej osoby prawnej czy również obrót wszystkich spółek powiązanych lub nie w ramach grupy, na przykład:

(i) skonsolidowany obrót, przy obliczaniu którego obrót danej osoby prawnej musi na podstawie krajowych przepisów stanowiących transpozycję art. 22 i 24 dyrektywy 2013/34/UE zostać doliczony do obrotu innych podmiotów należących do grupy; lub

(ii) obrót podmiotów, z którymi kontrolowana osoba prawna stanowi jedną jednostkę gospodarczą w rozumieniu pojęcia przedsiębiorstwa ustanowionego w unijnym prawie ochrony konkurencji?

2. W przypadku gdy na pytanie pierwsze zostanie udzielona odpowiedź, zgodnie z którą należy brać pod uwagę jedynie obrót samej kontrolowanej osoby prawnej, to czy kryterium działalności, o którym mowa w tym pytaniu,

należy interpretować w ten sposób, że

obróty wygenerowany przez osoby trzecie, które składują odpady na składowisku użytkowanym przez kontrolowaną osobę prawną na zlecenie sprawującej kontrolę instytucji zamawiającej, powinien być uwzględniany jako obrót uzyskany w ramach wykonywania zadań zleconych przez tę sprawującą kontrolę instytucję

zamawiającą, biorąc pod uwagę, że kontrolowana osoba prawna, użytkując to składowisko, konkuruje między innymi z podmiotami prywatnymi?”

### **Powołane przepisy prawa Unii**

Artykuł 12 ust. 1, 3 i 5 dyrektywy 2014/24/UE (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24”)

Motyw 1, pierwsze zdanie motywu 5, motyw 31 i akapit pierwszy motywu 32 dyrektywy 2014/24

Artykuły 22–24 dyrektywy 2013/34/UE (zwanej dalej „dyrektywą 2013/34”)

### **Powołane przepisy prawa krajowego**

Artykuł 2.24 ust. 1, art. 2.24a i art. 2.24b Aanbestedingswet van 2012 (ustawy o zamówieniach publicznych z 2012 r., zwanej dalej „Aanbestedingswet”)

Artykuły 2:405, 2: 406 i 2:410 Burgerlijk Wetboek (kodeksu cywilnego, zwanego dalej „BW”)

### **Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i postępowania głównego**

- 1 Spółka AVR (zwana dalej „powódką”) jest przedsiębiorstwem zajmującym się komercyjnie gospodarowaniem odpadami.
- 2 W 1995 r. gminy prowincji Friesland utworzyły spółkę Afvalsturing Friesland NV (zwaną dalej „AF”) jako wspólny podmiot o charakterze niezarobkowym zajmujący się gospodarowaniem odpadami. AF stoi czele grupy spółek zależnych, które prowadzą również inną działalność niż gospodarowanie odpadami. AF składa skonsolidowane roczne sprawozdania finansowe, w których przedstawia swoje własne dane finansowe wspólnie z danymi swoich spółek zależnych, innych spółek należących do grupy i innych osób prawnych, nad którymi może ona sprawować kontrolę lub posiada centralne kierownictwo.
- 3 Gminy Barendrecht, Albrandswaard i Ridderkerk (zwane dalej „gminami BAR”), położone w prowincji Zuid-Holland, utworzyły spółkę NV BAR-Afvalbeheer (zwaną dalej „BAR”) jako jednostkę wykonawczą o charakterze niezarobkowym zajmującą się gospodarowaniem odpadami.
- 4 Spółka NV Irado (zwana dalej „Irado”) została utworzona przez trzy inne gminy prowincji Zuid-Holland jako jednostka wykonawcza o charakterze niezarobkowym zajmującą się gospodarowaniem odpadami i zagospodarowaniem przestrzeni publicznej. Od 2017 r. Irado zleca gospodarowanie odpadami z gospodarstw domowych AF i w tym samym roku nabyła również udziały w AF.

- 5 Na zlecenie gmin prowincji Friesland AF użytkuje samodzielnie (a zatem bez udziału innych spółek należących do grupy kapitałowej) składowisko odpadów (zwane dalej „składowiskiem”), gdzie składowane są odpady nie pochodzące z gospodarstw domowych, między innymi odpady przemysłowe i odpady pochodzące z oczyszczania gruntów.
- 6 W odniesieniu do składowisk obowiązuje w Niderlandach plan pojemności, o którym mowa w derde Landelijke Afvalbeheerplan (trzecim krajowym planie zagospodarowania odpadów, zwanym dalej „LAP”). W ramach tego planu składowiska odpadów są w Niderlandach użytkowane zarówno przez podmioty prywatne, jak i przez instytucje publiczne.
- 7 Do dnia 31 grudnia 2019 r. każda gmina BAR miała zawartą odrębną umowę z różnymi przedsiębiorstwami zajmującymi się gospodarowaniem odpadami i powódka na podstawie tych umów gospodarowała odpadami z gospodarstw domowych położonych w tych gminach. W 2019 r. gminy BAR postanowiły, że BAR stanie się częścią Irado i powierzyły Irado zadanie zbiórki i zagospodarowania odpadów z gospodarstw domowych w tych gminach. W dniu 13 grudnia 2019 r. Irado i AF zawarły umowę dotyczącą między innymi zagospodarowania odpadów z gospodarstw domowych położonych w gminach BAR. W dniu 20 grudnia 2019 r. BAR i Irado zawarły umowę o świadczenie usług dotyczącą między innymi zagospodarowania odpadów z gospodarstw domowych położonych w gminach BAR. W dniu 31 grudnia 2019 r. spółka BAR nabyła udziały Irado.
- 8 Powódka wniosła do rechtbank Den Haag (sądu rejonowego w Hadze) powództwo o stwierdzenie nieważności lub też uchylenie lub zakaz wykonania umów zawartych pomiędzy Irado i AF z jednej strony, a Irado i BAR z drugiej strony, ponieważ jej zdaniem umowy te powinny być zawarte na drodze zamówienia publicznego.
- 9 Rechtbank Den Haag oddalił te żądania.
- 10 Powódka wniosła środek odwoławczy od tego orzeczenia do Gerechtshof Den Haag (sądu apelacyjnego w Hadze) i zażądała odszkodowania od pozwanych.

### **Najważniejsze argumenty stron w postępowaniu głównym**

#### **Kontekst prawny**

- 11 W wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50) (zwanym dalej „wyrokiem Teckal”), Trybunał orzekł, że przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych nie mają zastosowania w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia podmiotowi odrębnemu od niej, nad którym instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę, a zasadnicza część działalności

jest wykonywana przez ten podmiot na rzecz kontrolującej go jednostki. Ten ostatni warunek znany jest pod nazwą „kryterium działalności”.

- 12 Fakt, że obie strony umowy są organami administracji publicznej, nie wyklucza sam w sobie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych środków. Z drugiej strony żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie może skutkować zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców [motyw 31 dyrektywy 2014/24; zob. także wyrok Trybunału z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308) (zwany dalej „wyrokiem Carbotermo”), pkt 59].
- 13 W tym zakresie decydujące jest kryterium działalności. Kryterium to jest spełnione, jeżeli kontrolowana osoba prawna wykonuje ponad 80 % zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne przez nią kontrolowane (motyw 33 i art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24). W przypadku, gdy kontrolowana osoba prawna wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz instytucji zamawiającej, a każda inna działalność ma charakter marginalny, konkurencja nie występuje (wyrok Carbotermo, pkt 62), podczas gdy występuje ona w przypadku odwrotnym.
- 14 Ponadto w wyroku w sprawie Undis Servizi Trybunał orzekł, że każdy wyjątek od obowiązku ogłoszenia przetargu należy interpretować ściśle (pkt 29). Z uwagi na to, że organ administracji publicznej ma możliwość wykonywania należących do niego zadań leżących w interesie publicznym za pomocą własnych zasobów, wyjątek w zakresie udzielania zamówień „in house” jest uzasadniony, kiedy podmiot, któremu udzielono zamówienia, stanowi niemalże część wewnętrznych służb instytucji zamawiającej (nawet jeżeli podmiot ten jest prawnie odrębny od tej instytucji), a zatem można uznać, że instytucja ta „korzysta ze środków własnych” (pkt 30). Jest przy tym konieczne, aby instytucja zamawiająca sprawowała nad podmiotem, któremu udzielono zamówienia, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje ona nad swoimi własnymi służbami, oraz aby podmiot ten wykonywał zasadniczą część swojej działalności na rzecz instytucji zamawiającej (pkt 31).

### **Argumenty stron**

- 15 Przedmiotem sporu w postępowaniu głównym jest to, czy AF spełnia kryterium działalności.
- 16 Zdaniem powódki przy stosowaniu kryterium działalności należy brać pod uwagę skonsolidowany obrót. Punktem wyjścia powinien być mianowicie obrót grupy lub przedsiębiorstwa, do których należy kontrolowana osoba prawna (w znaczeniu jednostki gospodarczej, która może składać się z kilku osób fizycznych lub prawnych), ponieważ tylko w ten sposób można w wystarczającym stopniu

uwzględnić rzeczywisty stan faktyczny i gospodarczy. Powódka zwraca uwagę, że AF jest gospodarczo i organizacyjnie powiązana ze swoimi spółkami zależnymi, w związku z czym stanowią one *de facto* jedno przedsiębiorstwo. Uwzględnienie jedynie obrotu kontrolowanej osoby prawnej prowadziłoby bowiem do zbyt dużej liczby wyjątków od obowiązku stosowania dyrektywy 2014/24, a tym samym do ograniczenia konkurencji, co byłoby sprzeczne z celem przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. Ponadto kontrolowana osoba prawna mogłaby obejść zasadę 80/20, prowadząc działalność w ramach grupy i wykonując samodzielnie ponad 80 % swojej działalności na rzecz instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę, podczas gdy na wolnym rynku działalność mogłaby wykonywać jedna lub więcej spółek należących do grupy.

- 17 Zdaniem pozwanych, przy obliczaniu, jaki procent obrotu AF jest uzyskiwany z działalności prowadzonej w wykonaniu zadań zleconych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą nad nią kontrolę (zwanego dalej „obrotem z tytułu działalności zleconej”), należy brać pod uwagę jedynie obrót uzyskiwany przez samą AF, ponieważ art. 12 ust. 3 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2014/24 odnosi się do działalności *osoby prawnej*, a zgodnie z art. 12 ust. 5 tej dyrektywy można uwzględnić również odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną *osobę prawną* w odniesieniu do danych usług. Obrót ten wynosi więcej niż 80 %, a zatem przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych nie mają zastosowania. Gdyby brać pod uwagę skonsolidowany obrót, to uwzględnione zostałyby również obroty innych osób prawnych, co oznaczałoby zastosowanie kryterium działalności *contra legem*. Wreszcie pozwane uważają, że gdyby za podstawę obliczeń należało przyjąć obrót inny niż obrót kontrolowanej osoby prawnej, skonsolidowany obrót nie stanowiłby dobrego punktu odniesienia, ponieważ zasady konsolidacji są zbyt techniczne i zbyt skomplikowane, a także istnieją od nich liczne wyjątki.
- 18 W odniesieniu do drugiego pytania prejudycjalnego powódka podnosi, że na przedmiotowym składowisku nie mogą być składowane odpady z gospodarstw domowych i że w odniesieniu do niego AF konkuruje z przedsiębiorstwami prywatnymi, w związku z czym jej obrót z działalności na tym składowisku nie może zostać uwzględniony jako obrót z tytułu działalności zleconej.
- 19 Pozwane twierdzą, że prowincja może udzielić zwolnienia i zezwolić na składowanie pozostałości po przetworzeniu odpadów z gospodarstw domowych i powołują się na wyrok Carbotermo, w którym Trybunał orzekł, że obrót uzyskany z działalności związanej ze składowaniem odpadów (zwany dalej „obrotem z tytułu składowania”) może być brany pod uwagę jako obrót z tytułu działalności zleconej, niezależnie od tego, czy jest on uzyskiwany w związku z działalnością na rzecz innych przedsiębiorstw. Z wyroku tego wynika bowiem, że beneficjentem działalności wykonywanej przez kontrolowaną osobę prawną na rzecz jednostki lub jednostek, które ją kontrolują na mocy decyzji o udzieleniu zamówień, może być nie tylko kontrolująca instytucja zamawiająca, lecz również osoby trzecie. Jeżeli, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, te osoby trzecie będące beneficjentami płacą za te usługi, to obrót uzyskiwany w związku z nimi

powinien być również brany pod uwagę w ramach obrotu z tytułu działalności zleconej.

### **Zwięzłe uzasadnienie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

- 20 Biorąc pod uwagę rozbieżne stanowiska stron niniejszego postępowania w kwestii kryterium działalności oraz fakt, że wyżej powołane orzecznictwo nie dostarcza rozstrzygnięcia niniejszego przypadku, dla sądu odsyłającego nie jest jasnym, czy należy brać pod uwagę obrót samej AF czy też obrót całej grupy, a jeśli prawidłowe jest to drugie rozwiązanie, to w jaki sposób należy ustalać wysokość tego obrotu grupy. Ustalenie wysokości obrotu ma decydujące znaczenie dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przepisy dotyczące zamówień publicznych mają zastosowanie, a tym samym dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.
- 21 Jeżeli należałoby uwzględnić jedynie obrót samej AF, to powstaje pytanie, czy obrót AF uzyskany w związku z działalnością prowadzoną na składowisku, jako obrót z tytułu działalności zleconej, może zostać uznany za mający znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii, czy spełnione jest kryterium działalności, a zatem dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym. Z wyroku Carbotermo wynika, że obrót osiągnięty w związku z wykonywaniem działalności na rzecz osób trzecich może być uznawany za obrót z tytułu działalności zleconej. Decydujące znaczenie dla kontrolowanego przedsiębiorstwa ma wszak obrót uzyskiwany dzięki decyzjom o udzieleniu mu zamówień, obejmujący obrót uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji. W istocie, uwzględnić należy wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia, wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy też na rzecz beneficjentów usług. Nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu – instytucja zamawiająca, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług (wyrok Carbotermo, pkt 65–67). Z drugiej strony powódka argumentuje, że AF, jako kontrolowana osoba prawna, konkuruje z podmiotami prywatnymi w ramach działalności wykonywanej na składowisku, w związku z czym nie jest w stu procentach pewne, czy jej obrót z tytułu składowania może zostać uznany za obrót z tytułu działalności zleconej. Z tego względu sąd odsyłający uważa, że konieczne było sformułowanie również drugiego pytania prejudycjalnego.