

Sprawa C-383/21**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:

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

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-dzielnice 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 Farciennes”, 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 Farciennes.

- 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 Farciennes 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 Farciennes 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”.

3. Stanowisko stron:

A. *SLSP Sambre et Biesme*

- 19 SLSP Sambre et Biesme uważa, że zaskarżona decyzja niesłusznie podważa relację „in house” między nią a IGRETEC. Twierdzi, że wyjątek ten został ustanowiony w art. 12 dyrektywy 2014/24, który kodyfikuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Podnosi, że wbrew temu, co stwierdzono w zaskarżonej decyzji, w niniejszym przypadku spełnione są przesłanki wyjątku „in house”. W szczególności uważa, że instytucja zamawiająca sprawuje, wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, kontrolę nad IGRETEC podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami, co zakłada, że: (1) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających, a jedna i ta sama osoba może reprezentować kilka uczestniczących instytucji zamawiających lub wszystkie te instytucje zamawiające oraz (2) te instytucje zamawiające są w stanie wywierać wspólnie decydujący wpływ na cele strategiczne i istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej.
- 20 SLSP Sambre et Biesme podnosi, że w niniejszej sprawie spełnione są wszystkie wymagane przesłanki, ponieważ sprawuje ona, wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, w szczególności innymi SLSP i gminami, kontrolę nad IGRETEC „analogiczną do kontroli, jaką sprawują nad swymi własnymi służbami” oraz że uczestniczy ona „zarówno w kapitale [IGRETEC], jak też w jej organach kierowniczych” (wyrok z dnia 29 listopada 2012 r., Econord, C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:758, pkt 33).
- 21 Ponadto uważa, że w chwili wydania zaskarżonej decyzji art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 był bezpośrednio skuteczny, w związku z czym należy zastosować ten przepis w celu określenia warunków wspólnej podobnej kontroli.
- 22 Po pierwsze, wyjaśnia, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie ma znaczenia, że posiada tylko jeden udział w kapitale IGRETEC i że udział ten stanowi, jej zdaniem, jedynie 0,0000000197% udziałów dających prawo głosu na zgromadzeniu wspólników.
- 23 Po drugie, dodaje, że zgodnie z art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 nie jest konieczne, aby każda instytucja organizacyjna posiadała w zarządzie swojego przedstawiciela, lecz wystarczy, aby instytucje organizacyjne były reprezentowane w organach decyzyjnych spółdzielni międzygminnej, przy czym

jedna i ta sama osoba może reprezentować kilka uczestniczących instytucji zamawiających lub wszystkie te instytucje zamawiające. Wyjaśnia, że prawodawca europejski złagodził w ten sposób warunki wynikające z wyroku Econord, który zawierał wymóg, aby każdy z organów publicznych „uczestniczy[ł] zarówno w kapitale rzeczoney jednostki, jak też w jej organach kierowniczych”. Wyjaśnia ona, że statut IGRETEC, w wersji mającej zastosowanie w niniejszej sprawie, przewiduje w art. 13 ust. 4 akapit trzeci, że „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”, że wspólnicy kategorii C, do której należy SLSP Sambre et Biesme, są zatem odpowiednio reprezentowani w zarządzie IGRETEC i że w związku z tym w skład zarządu IGRETEC wchodzi osoby reprezentujące między innymi SLSP Sambre et Biesme, zgodnie z warunkiem określonym w art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) dyrektywy 2014/24.

- 24 Po trzeciej, SLSP Sambre et Biesme podnosi, że zgodnie z art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 sprawuje nad IGRETEC wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi (gminami i innymi SLSP) obecnymi w tej spółdzielni międzygminnej kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami, czyli wywiera decydujący wpływ na cele strategiczne i istotne decyzje owej spółdzielni. SLSP Sambre et Biesme wyjaśnia, że żadna z instytucji zamawiających obecnych w IGRETEC nie ma większościowego udziału, tak że w niniejszym przypadku nie ma miejsca sytuacja, o której mowa w pkt 30 wyroku Econord. Dodaje, że art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 odnosi się do innych instytucji zamawiających obecnych w ramach kontrolowanego podmiotu, a utworzenie różnych kategorii wspólników nie stoi na przeszkodzie temu, aby wszystkie instytucje zamawiające sprawowały wspólną kontrolę nad tym podmiotem. Dowodem na to jest fakt, że SLSP Sambre et Biesme realizuje niniejszy projekt we współpracy z gminą Farciennes, która należy do innej kategorii wspólników. SLSP Sambre et Biesme dodaje, że jej dwoma głównymi wspólnikami są gmina Farciennes i gmina Aiseau-Presles, które są też wspólnikami IGRETEC, i na tej podstawie wywodzi, że gmina Farciennes, wspólnik kategorii A, sprawuje kontrolę nad SLSP „Sambre et Biesme”, wspólnikiem kategorii C w IGRETEC, że te dwa podmioty wspólnie sprawują kontrolę nad IGRETEC, że razem są w stanie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne i istotne decyzje spółdzielni międzygminnej oraz że to właśnie na tej podstawie zamierzają wspólnie budować eko-dzielnice, korzystając z wiedzy fachowej IGRETEC.
- 25 Na tej podstawie stwierdza, że uczestniczy zarówno w kapitale, jak i w organach kierowniczych IGRETEC, wobec czego sprawuje podobną kontrolę w rozumieniu art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz faktycznie istnieje relacja „in house” z IGRETEC.
- 26 SLSP Sambre et Biesme zwraca uwagę, że radny gminy Farciennes był jednocześnie członkiem zarządu IGRETEC i zarządu SLSP Sambre et Biesme. Podkreśla, że należy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności sprawy i powtarza, że posiadanie symbolicznego udziału ma swoje uzasadnienie, 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 Farciennes, która jest współnikiem zarówno IGRETEC, jak i SLSP Sambre et Biesme oraz ma swojego członka w zarządach tych dwóch podmiotów.

B Société wallonne du logement

- 27 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 podzieliła jej stanowiska, proponuje zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem o bezpośrednią skuteczność tego przepisu.
- 28 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.
- 29 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.
- 30 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).

- 31 Podnosi ona, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, 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 niezapewniającą 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. Société wallonne du logement (walońska spółka mieszkaniowa) twierdzi, 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.
- 32 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.

- 33 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.
- 34 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.

4. Ocena Conseil d'État

- 35 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).

- 36 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.
- 37 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).
- 38 Ponadto zgodnie z orzecznictwem Trybunału okoliczność, że w skład organów decyzyjnych podmiotu będącego wykonawcą wchodzi osoba delegowana 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).
- 39 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).
- 40 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 współnikami mają możliwość blokowania uchwał zgromadzenia współników”, 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 współnicy publiczni również mają rzeczywisty i decydujący wpływ”.

- 41 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 rzeczowej 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”.
- 42 Nasuwa się jednak pytanie, w jakim zakresie i w jaki sposób instytucja zamawiająca powinna „uczestniczyć” w organach kierowniczych podmiotu kontrolowanego i „skuteczni[e] przyczynia[ć] się do kontroli”. W wyroku z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme (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”.
- 43 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”.
- 44 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.

- 45 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.
- 46 Jednakże w trakcie rozprawy SLSP Sambre et Biesme podniosła, że w chwili zaistnienia stanu faktycznego w zarządzie IGRETEC zasiadał radny gminy Farcennes, 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 Farcennes”. 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.
- 47 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 Farcennes, która jest wspólnikiem 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.
- 48 W tej kwestii należy zwrócić się z pytaniem do Trybunału Sprawiedliwości. Należy jednak zaznaczyć, że o ile SLSP Sambre et Biesme podnosi, iż gmina Farcennes jest wspólnikiem 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 Farciennes posiada IGRETEC i SLSP Sambre et Biesme jedynie wspólnie z innymi współnikami publicznymi, a nawet prywatnymi, jeśli chodzi o ten ostatni podmiot.

- 49 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.

5. Pytania prejudycjalne:

- 50 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?