

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

M. POIARES A MADURA

przedstawiona w dniu 24 listopada 2004 r.¹

1. W skardze o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego Komisja wnosi o ustalenie, że zastrzegając w art. 4 (ustawy nr 85-704 z dnia 12 lipca 1985 r. o zarządzaniu publicznymi przedsiębiorstwami budowlanymi oraz o stosunku, w jakim pozostaje ono do prywatnego kierowania budową, zwanej dalej „ustawą nr 85-704”), zmienionej przez ustawę nr 91-662 z dnia 13 lipca 1991 r. oraz ustawę nr 96-987 z dnia 14 listopada 1996 r.², funkcję inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych we francuskim porządku prawnym, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi³, a w szczególności art. 8 i 9 tej dyrektywy, oraz na mocy art. 49 WE.

2. Skarga ta umożliwia uściślenie przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy 92/50, a w szczególności pojęcia zamówienia publicznego. Ponadto dotyczy ona również kwestii przestrzegania wspomnianej dyrektywy i zasady swobody świadczenia usług zapisanej w art. 49 WE, co wymaga określenia relacji między tymi dwoma tekstami.

I — Stan faktyczny i ramy prawne

3. Na wstępie należy zaznaczyć, że art. 4 ustawy nr 85-704, będący przedmiotem niniejszej skargi, jest w trakcie nowelizacji. Ordonnance (rozporządzenie z mocą ustawy) nr 2004-566 z dnia 17 czerwca 2004 r. zmienia ten artykuł, umożliwiając udzielenie pełnomocnictwa zarówno podmiotom publicznym, jak i podmiotom prywatnym⁴. Rozporządzenie ustanawia zakaz łączenia funkcji pełnomocnika ze „wszystkimi zadaniami zarządzania przedsiębiorstwami budowlanymi, realizacji prac budowlanych lub kontroli technicznej obiektu budowlanego, do którego odnosi się pełnomocnictwo” w celu uniknięcia sytuacji konfliktu interesów⁵. Zakaz łączenia funkcji rozszerzony jest na przedsiębiorstwa powiązane z pełnomocnikiem. Projekt ustawy zmierzającej do zatwierdzenia wspomnianego rozporządzenia został przedstawiony Zgromadzeniu Narodowemu w dniu 15 września 2004 r. Jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem uchybienie należy oceniać zgodnie ze stanem na dzień upływu terminu dwóch miesięcy, licząc od dnia wydania uzasadnionej opinii, tj. od dnia 27 czerwca 2002 r. Dlatego też w dalszej części niniejszej opinii odnosimy się do ustawy francuskiej, która wówczas obowiązywała.

1 — Język oryginału: portugalski.

2 — Odpowiednio JORF z dnia 13 lipca 1985 r., str. 7914, z dnia 19 lipca 1991 r., str. 9524, oraz z dnia 15 listopada 1996 r., str. 16656, zwana dalej „ustawą nr 85-704”.

3 — Dz.U. L 209, str. 1.

4 — JORF nr 141 z dnia 19 czerwca 2004 r.

5 — Taki zakaz łączenia funkcji był przewidziany jedynie względem pełnomocników wymienionych w art. 4 tiret drugie ustawy w jej poprzedniej wersji.

4. Przed zbadaniem odpowiednich stanowisk Republiki Francuskiej i Komisji w przedmiocie tych dwóch kwestii chciałbym krótko przedstawić zasadnicze przepisy prawa krajowego i wspólnotowego.

5. Dyrektywa 92/50 koordynuje procedurę udzielania zamówień publicznych na usługi. Jej celem jest „zniesieni[e] przeszkód w swobodnym przepływie usług, a tym samym ochron[a] interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w państwie członkowskim chcącym zaoferować towary i usługi instytucjom zamawiającym z siedzibą w innym państwie członkowskim”⁶. Dla osiągnięcia tego celu dyrektywa zmierza do „zagwarantowania, aby przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich mogły stawać do przetargu lub ogółu przetargów mogących przedstawiać korzyść z obiektywnych powodów związanych z ich wartością”⁷. Dyrektywa 92/50 poddaje różnym reżimom dwie odrębne kategorie usług określone w jej załącznikach IA i IB. Zgodnie z art. 9 dyrektywy przepisy mające zastosowanie do usług wymienionych w załączniku IB stanowią jedynie wymóg określenia specyfikacji technicznej i ogłoszenia o wynikach przeprowadzonego postępowania. Natomiast usługi wymienione w załączniku IA do dyrektywy, zgodnie z jej art. 8, podlegają bardziej szczegółowym

obowiązkom: na przykład muszą być one przedmiotem wcześniejszego ogłoszenia na określonych zasadach i w ustalonych terminach.

6. Zasada swobody świadczenia usług ustanowiona w art. 49 WE ma zastosowanie do wszystkich świadczonych usług, o ile nie podlegają one wyjątkom określonym w art. 45 WE i 46 WE. Ponieważ dyrektywa 92/50 ma zastosowanie jedynie do usług opartych na prawie zamówień publicznych⁸, usługi świadczone na innych zasadach podlegają jedynie zasadzie swobody świadczenia usług. Zamówienia nieprzekraczające wartości określonej w art. 13 dyrektywy 92/50 również objęte są art. 49 WE.

7. Ustawa będąca przedmiotem niniejszej skargi organizuje i reguluje zarządzanie publicznymi przedsięwzięciami budowlanymi. W zamierzeniu ma ona mieć zastosowanie do realizacji wszelkich obiektów budowlanych lub obiektów infrastruktury, a także obiektów przemysłowych przeznaczonych do eksploatacji, w których inwestorem jest państwo i jego zakłady administracyjne lub niektóre określone podmioty prywatne⁹. W tych ramach inwestor może zawrzeć z pełnomocnikiem umowę, na warunkach określonych we wspomnianej ustawie.

8 — Motyw ósmy preambuły dyrektywy 92/50.

9 — Artykuł 1 ustawy nr 85-704: „Inwestorem są: 1) państwo i jego zakłady administracyjne; 2) jednostki samorządu terytorialnego, ich zakłady administracyjne, zakłady gospodarki przestrzennej nowych miast utworzone na podstawie art. L. 321-1 code de l’urbanisme (kodeksu urbanistyki), ich związki, jak również związki mieszane, o których mowa w art. L. 166-1 code des communes (kodeksu gmin); 3) podmioty prywatne, o których mowa w art. L. 64 code de la sécurité sociale (kodeksu ubezpieczeń społecznych), a także ich związki i zrzeszenia; 4) prywatne instytucje mieszkaniowe o umiarkowanych czynszach, o których mowa w art. L. 411-2 code de la construction et de l’habitation (kodeksu budownictwa i mieszkalnictwa), a także spółki publiczno- prywatne dla celów dotowanych przez państwo mieszkań przeznaczonych na wynajem, budowanych przez te instytucje i spółki”.

6 — Wyrok z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 BFI Holding, Rec. str. I-6821, pkt 41.

7 — Wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-8315, pkt 44. Wyrok dotyczył dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84).

8. Cechy takiej umowy są określone w art. 5 ustawy nr 85-704: „Stosunki między inwestorem a [pełnomocnikiem] uregulowane są w umowie, która określa pod rygorem nieważności: obiekt budowlany, będący przedmiotem umowy, powierzone pełnomocnikowi uprawnienia, okoliczności, w jakich inwestor stwierdza wykonanie zadania przez pełnomocnika, warunki jego wynagrodzenia, kary, którym podlega za niewykonanie swoich obowiązków oraz okoliczności, w jakich można umowę wypowiedzieć [...]”.

9. Rzeczona ustawa w art. 3 wylicza uprawnienia, które mogą być powierzone pełnomocnikowi przez inwestora:

„— określenie administracyjnych i technicznych warunków opracowania projektu i wykonania obiektu budowlanego;

— przygotowanie wyboru kierownika budowy, podpisanie umowy o kierowanie budową po zaakceptowaniu wyboru kierownika budowy przez inwestora oraz zarządzanie umową o kierowanie budową;

— akceptacja wstępnych projektów i uzgodnień projektu;

— przygotowanie wyboru wykonawcy, podpisanie umowy o roboty budowlane po zaakceptowaniu wyboru wykonawcy przez inwestora oraz realizacja umowy o roboty budowlane;

— wypłata wynagrodzenia za kierowanie budową i robotami budowlanymi;

— odbiór obiektu budowlanego;

— oraz spełnianie wszystkich czynności związanych z ww. uprawnieniami”.

10. Zgodnie z art. 2 wspomnianej ustawy niektóre funkcje nie mogą być powierzane przez inwestora. Chodzi tu o ogólną koncepcję obiektu budowlanego i prowadzenie jego realizacji.

11. Zatem, jak wynika z cytowanych wyżej przepisów ustawy będącej przedmiotem skargi, uprawnienia, które mogą być powierzone pełnomocnikowi przez inwestora są bardzo szerokie. Specyficznym elementem umowy pełnomocnictwa jest jednak to, że inwestor może wybrać osobę pełnomocnika jedynie spośród osób określonych

- w zamkniętym katalogu zawartym w art. 4 omawianej ustawy, który obejmuje:
- lokalne spółki publiczno-privatne podlegające ustawie nr 83-597 z dnia 7 lipca 1983 r. o lokalnych spółkach publiczno-privatnych;
 - „— osoby prawne, o których mowa w art. 1 pkt 1 i 2 niniejszej ustawy, [tj. państwo i jego zakłady administracyjne, jednostki samorządu terytorialnego, ich zakłady administracyjne, zakłady gospodarki przestrzennej nowych miast, ich związki, jak również związki mieszane] z wyłączeniem zakładów zdrowotnych i społecznych, które mogą być tylko pełnomocnikami innych zakładów zdrowotnych i społecznych;
 - zakłady administracyjne utworzone na podstawie art. L. 321-1 kodeksu urbanistyki oraz miejskie stowarzyszenia nieruchomości posiadające zezwolenie lub utworzone z urzędu na podstawie art. L. 322-1 i nast. kodeksu urbanistyki;
 - osoby prawne, których co najmniej połowa kapitału znajduje się bezpośrednio lub za pośrednictwem podmiotu trzeciego w rękach osób prawnych, o których mowa w art. 1 pkt 1 i 2, mające za zadanie współpracować z inwestorem, pod warunkiem że nie prowadzą działalności w charakterze kierownika budowy lub wykonawcy na rachunek podmiotu trzeciego;
 - spółki utworzone na podstawie art. 9 ustawy nr 51-592 z dnia 24 maja 1951 r. o specjalnych rachunkach skarbu państwa na rok 1951, zmienionej art. 28 ustawy nr 62-933 z dnia 8 sierpnia 1962 r. uzupełniającej ustawę o orientacji rolnictwa;
 - wszelkie podmioty publiczne lub prywatne, którym powierzono realizację strefy zagospodarowania skoordynowanego (zone d'aménagement concerté) lub przeprowadzenie parcelacji w rozumieniu tytułu pierwszego III księgi kodeksu urbanistyki, w zakresie w jakim dotyczą obiektów budowlanych włączonych w te operacje;
 - prywatne instytucje mieszkaniowe o umiarkowanych czynszach, o których mowa w art. L. 411-2 kodeksu budownictwa i mieszkalnictwa, ale tylko na korzyść innych instytucji mieszkaniowych o umiarkowanych czynszach oraz w przypadku obiektów budowlanych związanych z przedsięwzięciem budownictwa dotowanych mieszkań;
 - spółki zawierające umowę, o której mowa w art. L. 122-1 kodeksu budownictwa i mieszkalnictwa, w celu realiza-

cji przedsięwzięć miejskiej restrukturyzacji zdegradowanych dużych zespołów zabudowy i dzielnic mieszkalnych wymienionych w art. 1466 A code général des impôt (kodeksu podatkowego)”.

12. Umowy pełnomocnictwa zawierane na podstawie ustawy nr 85-704 nie podlegają francuskiemu kodeksowi zamówień publicznych¹⁰. Na inwestora nie jest nałożony żaden obowiązek uprzedniej publikacji zaproszenia do składania ofert przy wyborze jego pełnomocnika. Sam pełnomocnik podlega natomiast francuskiemu kodeksowi zamówień publicznych przy umowach zawieranych w imieniu inwestora¹¹. Pojawia się pytanie, czy umowy pełnomocnictwa zawierane na podstawie ustawy nr 85-704 muszą podlegać zasadom dotyczącym zaproszenia do składania ofert i uprzedniej publikacji wynikającym z dyrektywy 92/50 i z przepisów traktatu odnoszących się do swobody świadczenia usług.

13. Po wystosowaniu w dniu 31 maja 2000 r. do Republiki Francuskiej pisma wzywającego do przedstawienia informacji Komisja, uznawszy udzielone jej odpowiedzi za niewystarczające, skierowała do tego państwa w dniu 25 lipca 2001 r. wezwanie do usunięcia uchybienia. Ponieważ odpowiedzi przedstawione przez władze francuskie nie

przekonały Komisji, wydała ona uzasadnioną opinię w dniu 27 czerwca 2002 r. Mimo że Republika Francuska zapowiedziała uchylenie w najbliższym czasie spornych przepisów, Komisja zdecydowała się wnieść skargę do Trybunału.

14. Chciałbym zauważyć, że zarzuty Komisji obejmują dwa aspekty. Z jednej strony umowa pełnomocnictwa, tak jak jest ona scharakteryzowana w ustawie francuskiej, wchodziłaby w zakres zastosowania dyrektywy 92/50, a przepisy jej dotyczące byłyby niezgodne z art. 8 i 9 tej ostatniej. Z drugiej strony, w przypadku gdyby dyrektywa 92/50 nie znajdowała zastosowania, art. 4 omawianej ustawy, w zakresie w jakim zastrzeżona umowa pełnomocnictwa dla niektórych osób prawnych, byłby niezgodny z przepisami traktatu odnoszącymi się do swobody świadczenia usług.

15. Kwestię przestrzegania dyrektywy 92/50 należy zbadać w zakresie w jakim znajduje ona zastosowanie. W dalszej kolejności należałoby ustalić, czy ustawa nr 85-704 jest zgodna z artykułem 49 WE w sytuacjach, w których dyrektywa nie znajduje zastosowania.

10 — Wynika to z art. 3 ust. 7 kodeksu zamówień publicznych, przyjętego dekretem nr 2001-210 z dnia 7 marca 2001 r. ustanawiającym kodeks zamówień publicznych (JORF z dnia 8 marca 2001 r., str. 3700). Zobacz w związku z tym: L. Richer, „Le contrat de mandat au risque de droit administratif” w: CJEG 1999, str. 127. Należy zauważyć, że Conseil d’Etat (Francja) stwierdziła nieważność tego przepisu wyrokiem z dnia 8 marca 2003 r. Kodeks zamówień publicznych przyjęty dekretem nr 2001-15 z dnia 7 stycznia 2001 r. (JORF z dnia 8 stycznia 2001 r., str. 703) uwzględnia to stwierdzenie nieważności: odąd umowy pełnomocnictwa podlegają temu kodeksowi.

11 — Artykuł 4 ostatni ustęp ustawy nr 85-704.

II — Niezgodność ustawy nr 85-704 z dyrektywą 92/50

16. W celu ustalenia, czy jak utrzymuje Komisja w swojej skardze, art. 4 ustawy

85-704 jest niezgodny z przepisami dyrektywy 92/50, należy w pierwszej kolejności zbadać, czy sytuacje których dotyczy ta ustawa objęte są zakresem zastosowania dyrektywy.

A — Włączenie umowy pełnomocnictwa określonej ustawą nr 85-704 w zakres zastosowania dyrektywy 92/50

17. Strony nie zgadzają się zasadniczo w kwestii, czy umowy pełnomocnictwa określone w ustawie nr 85-704 objęte są przedmiotowym zakresem zastosowania dyrektywy. Otóż zakres zastosowania rzeczony dyrektywy określony jest w jej art. 1. W celu stwierdzenia istnienia ewentualnego uchybienia należy w pierwszej kolejności zbadać, czy umowa pełnomocnictwa, określona w ustawie nr 85-704 spełnia kryteria zawarte w art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50.

18. Zgodnie z definicją zawartą w tym przepisie „zamówienia publiczne na usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą”. Wymienione przesłanki definicji wydają się być spełnione w niniejszej sprawie.

19. Po pierwsze, zgodnie z art. 1 lit. b) dyrektywy, instytucją zamawiającą są:

„[p]aństwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte [utworzone] przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego”. Podmioty prawa publicznego są zdefiniowane w tym samym artykule, w sposób funkcjonalny jako „każdy podmiot ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego” oraz kontrolowany przez państwo zarówno z uwagi na posiadanie większościowego kapitału, jak i uprawnienia do powoływania organów zarządzających danego podmiotu. Zgodnie z art. 1 ustawy nr 85-704 rolę inwestora pełnić może państwo i jego zakłady administracyjne, jednostki samorządu terytorialnego, ich zakłady administracyjne, zakłady gospodarki przestrzennej nowych miast, ich związki, jak również związki mieszane. Ponadto na mocy ustawy nr 85-704 umowy pełnomocnictwa zawierać mogą podmioty prywatne, o których mowa w art. L. 64 kodeksu ubezpieczeń społecznych, ich związki i zrzeszenia oraz prywatne instytucje mieszkaniowe o umiarkowanych czynszach, spółki publiczno-prywatne dla celów dotowanych przez państwo mieszkań przeznaczonych na wynajem, budowanych przez te instytucje i spółki. Nie ma wątpliwości, że wszystkie te podmioty są instytucjami zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy 92/50.

20. Po drugie, z art. 5 ustawy nr 85-704 wynika, że wszystkie umowy pełnomocnictwa powinny być zawierane na piśmie. Zatem drugi warunek sformułowany w art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 jest spełniony.

21. Po trzecie, w art. 5 reczonyj ustawy przewidziane jest, że umowy pełnomocnictwa winny przewidywać wynagrodzenie dla pełnomocnika, pod rygorem nieważności. Umowa udzielenia pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora jest więc umową o charakterze odpłatnym.

22. Po czwarte, uprawnienia powierzone pełnomocnikowi, opisane w art. 4 wspomnianej ustawy, wydają się odpowiadać świadczeniu usług.

23. Przy zastosowaniu tych kryteriów z pierwszej analizy wynika, że umowa pełnomocnictwa w rozumieniu francuskiej ustawy jest zamówieniem publicznym na usługi w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50.

24. Republika Francuska przedstawia jednak dwa argumenty przeciw takiej kwalifikacji. Przede wszystkim podnosi ona, że z powodu wielu cech szczególnych umowa pełnomocnictwa zdefiniowana przez ustawę nr 85-704 nie może być rozpatrywana jako zamówienie publiczne na usługi. Ponadto jest ona zdania, że wywód przeprowadzony przez Trybunał w wyroku w sprawie *Ordine degli Architetti i in.*¹², mający w niniejszej sprawie zastosowanie w drodze analogii, również prowadzi do wyłączenia umowy pełnomocnictwa w rozumieniu ustawy nr 85-704 z zakresu zastosowania dyrektywy 92/50.

1. Czy umowa pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora prowadzi do przekazania władzy publicznej?

25. Zdaniem pozwanego państwa, umowa udzielenia pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora różni się od umowy świadczenia usług z kilku powodów. Istotą umowy pełnomocnictwa jest upoważnienie udzielone pełnomocnikowi do reprezentowania inwestora. Funkcja reprezentacji jest nierozzerwalnie związana z innymi upoważnieniami przypadającym w udziale pełnomocnikowi. Zatem pełnomocnikowi powierzone jest zadanie w interesie ogólnym i przysługuje mu także uprawnienie do współdecydowania z inwestorem. Stosunki wiążące inwestora z pełnomocnikiem są zupełnie innej natury niż te, wynikające z umowy o charakterze handlowym. Te szczególne cechy rozważane łącznie nie pozwalają na zrównywanie umowy pełnomocnictwa z umową o świadczenie usług.

26. Komisja kwestionuje każdy z przywoływanych argumentów. Jej zdaniem fakt, że świadczenie usług ma miejsce w wykonaniu umowy pełnomocnictwa nie wystarcza na wyłączenie jej z zakresu zastosowania dyrektywy 92/50. Otóż przykładowo umowy pełnomocnictwa zawarte między adwokatem a jego klientem podlegają rzezczonej dyrektywie w zastosowaniu pkt 21 załącznika I B. Taka analiza jest ponadto zgodna z analizą przeprowadzoną przez Conseil d'Etat (Francja) w wyroku z dnia 5 marca 2003 r.¹³, w którym uznała ona, że ogólne i systematyczne wyłączenie umów

12 — Wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98, Rec. str. I-5409.

13 — Wyrok Conseil d'Etat z dnia 5 marca 2003 r., sprawa nr 233372 *Union nationale des services publics et industriels et commerciaux i in.*

pełnomocnictwa spod przepisów francuskiego kodeksu zamówień publicznych jest niezgodne z dyrektywą 92/50. Wreszcie istnienie względów dotyczących interesu ogólnego nie może wykluczyć kwalifikacji zamówień na świadczenie usług w rozumieniu dyrektywy, ponieważ takie względy bardzo często występują w umowach objętych zakresem dyrektywy¹⁴. Zatem żadne szczególne cechy, na które powołuje się Republika Francuska nie wydają się umożliwiać wyłączenia zakresu zastosowania dyrektywy 92/50.

27. Pierwsze zagadnienie, które należy rozstrzygnąć dotyczy charakteru umowy zawartej między inwestorem a jego pełnomocnikiem. Mimo że sposób kwalifikacji w prawie krajowym umowy zawieranej między instytucją zamawiającą i usługodawcą jest zasadniczo bez znaczenia dla potrzeb kwalifikacji w prawie wspólnotowym, należy jednak zauważyć, że dyrektywa znajduje zastosowanie jedynie do „zamówień” na usługi, z wyłączeniem w szczególności koncesji na usługi publiczne.

28. Bez przyznawania, że rozważany stosunek umowny można utożsamiać z udzieleniem koncesji¹⁵, Republika Francuska utrzymuje, że ma jednak miejsce prze-

kazanie wykonywania władzy publicznej z inwestora na pełnomocnika. Usiłuje ona w ten sposób dokonać porównania między orzecznictwem wydanym w dziedzinie koncesji a rozwiązaniem, które powinien przyjąć Trybunał w zakresie dotyczącym umów pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora. W istocie z analizy orzecznictwa wynika, że to właśnie istnienie takiego przekazania władzy publicznej koncesjonariuszowi uzasadnia wyłączenie zakresu zastosowania dyrektywy 92/50. Po przedstawieniu orzecznictwa wspólnotowego odnoszącego się do koncesji będzie można stwierdzić, czy jest ewentualnie możliwe zastosowanie tego orzecznictwa w niniejszym przypadku do omawianej umowy pełnomocnictwa.

29. Podczas gdy koncesje na prowadzenie robót publicznych są wyraźnie poddane dyrektywie Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane¹⁶, kwestia koncesji na usługi nie jest uregulowana przez dyrektywę 92/50. Uznano, że są one wyłączone z jej zakresu zastosowania¹⁷. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie

14 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-4035.

15 — Chciałbym zauważyć, że różne typy umowy zlecającej usługi publiczne istniejące w prawie francuskim mogą być zrównane w prawie wspólnotowym z koncesjami. Pojęcie koncesji jest szersze w prawie wspólnotowym niż w prawie francuskim.

16 — Artykuł 3 dyrektywy 93/37 (Dz.U. L 199, str. 54); dyrektywa zmieniona ostatnio dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. zmieniającą załącznik IV do dyrektywy Rady 93/36/EWG, załączniki IV, V i VI do dyrektywy Rady 93/37/EWG, załączniki III i IV do dyrektywy Rady 92/50/EWG, zmienione dyrektywą 97/52/WE, oraz załączniki od XII do XV, XVII i XVIII do dyrektywy Rady 93/38/EWG, zmienione dyrektywą 98/4/WE (dyrektywa w sprawie stosowania standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych [Dz.U. L 285, str. 1]).

17 — Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Tele Austria i Telefonadress, Rec. str. I-10745, pkt 48, oraz postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. str. I-4685, pkt 27 i 28.

koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi¹⁸, która zastępuje w szczególności dyrektywę 92/50, utrzymuje to wyłączenie koncesji na usługi ze swojego zakresu zastosowania.

30. Kryterium odróżnienia koncesji, mimo że nie zostało ustanowione przez przepisy o randze ustawowej, może być ustalone przez porównanie z definicją zawartą w dyrektywie 93/37¹⁹. W swoim oświadczeniu w kwestii interpretacji dotyczącej koncesji w prawie wspólnotowym²⁰, również Komisja usiłuje ustalić definicję tego pojęcia posługując się jako determinującym kryterium występowaniem zagrożenia związanego z eksploatacją. Można zauważyć, że dyrektywa 2004/18 usuwa w tym względzie wszelką niepewność, ponieważ w art. 1 ust. 4 definiuje koncesję na usługi, jako „umowę tego samego rodzaju [co] zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością”.

18 — Dz.U. L 134, str. 114. W art. 17 tej dyrektywy przewidziane jest bowiem, że „niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na usługi”.

19 — Artykuł 1 lit. d) dyrektywy 93/37 określa koncesję na roboty budowlane jako „zamówienie, tego samego typu, jak to wskazane w lit. a) [tzn. zamówienie publiczne na roboty budowlane, które mają być wykonane, jest albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością”.

20 — Dz.U. 2000, C 121, str. 2.

31. W wyroku w sprawie BFI Holding Trybunał stwierdził, że umowa zakwalifikowana w prawie krajowym jako koncesja, która dotyczyła zbierania odpadów, może wchodzić w zakres zastosowania dyrektywy 92/50²¹. W istocie pomijając krajową kwalifikację, Trybunał odniósł się jedynie do przesłanek przewidzianych w art. 1 dyrektywy 92/50.

32. W swojej opinii w sprawie Telaustria i Telefonadress rzecznik generalny Fennelly zaproponował uwzględnienie przede wszystkim faktu, że „koncesjonariusz ponosi zasadnicze ryzyko gospodarcze”²². Okoliczność, że umowa udzielenia koncesji jest zawierana na korzyść osób trzecich stanowi kryterium pomocnicze a wymóg, by zlecana usługa była wykonywana w interesie publicznym, powinien być według niego wykluczony. W sprawie tej Trybunał nie wypowiedział się w kwestii precyzyjnego rozgraniczenia pojęcia, przyjmując przy tym, że z koncesją mamy do czynienia, gdy „świadczenie wzajemne pierwszego przedsiębiorstwa na rzecz drugiego polega na tym, że to ostatnie otrzymuje prawo do eksploataowania, w celu otrzymania swojego wynagrodzenia, jej własnego świadczenia”²³.

21 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie BFI Holding. Rzecznik generalny I. A. Pergola dokonał odmiennej analizy sytuacji: „Podsuniwając uważam, że w niniejszej sprawie ARA nie jest osobą trzecią w stosunku do dwóch gmin, to znaczy co do zasady nie daje się od nich odróżnić. Stoimy w obliczu swego rodzaju delegacji między organami, która nie wychodzi poza sferę administracyjną gmin, które powierzając ARA dane działania nie miały w żadnym razie zamiaru prywatyzowania zadań, które wykonywały wcześniej w tym sektorze. Sądzę wreszcie, że stosunek łączący gminy i ARA nie może być uważany za zamówienie w rozumieniu dyrektywy” (pkt 38 opinii).

22 — Opinia rzecznika generalnego Fennelly’ego w sprawie Telaustria i Telefonadress przedstawiona w dniu 18 maja 2000 r., wymieniona powyżej w pkt 30 (wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98, Rec. str. I-10745).

23 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 58.

33. Trybunał uznał, badając koncesję na gry losowe we Włoszech²⁴, że w przypadku nieprzekazania władczych uprawnień koncesjonariuszowi należy uznać taką koncesję za umowę podlegającą dyrektywie Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy²⁵.

34. Kryterium dotyczące wynagrodzenia koncesjonariusza nie może znaleźć zastosowania w analizie odnoszącej się do umowy pełnomocnictwa. W ramach umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora, nie może bowiem istnieć prawo eksploatacji. Należy natomiast zbadać, czy umowa pełnomocnictwa prowadzi do przekazania władzy publicznej z inwestora na pełnomocnika. Stanowiłoby to wskazówkę, że taka umowa rzeczywiście nie jest zamówieniem w rozumieniu dyrektywy 92/50. Natomiast w przypadku braku takiego przekazania argument przedstawiony przez Republikę Francuską winien zostać odrzucony.

35. Trudność w niniejszym przypadku polega na szczególnym charakterze umowy pełnomocnictwa, zgodnie z którą pełnomocnik reprezentuje mocodawcę. Jednakże, i to dlatego argument pozwanego państwa oparty na tym szczególnym charakterze nie ma racji bytu, umowa pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora, określona w ustawie nr 85-704, nie jest jedynie umową, w której pełnomocnik zobowiązuje się do

reprezentowania inwestora. Jak wynika z listy różnorodnych uprawnień, które mogą zostać powierzone pełnomocnikowi, zgodnie z art. 3 wskazanej ustawy, ten ostatni sprawuje równoległe funkcje polegające na wspieraniu inwestora²⁶.

36. Republika Francuska utrzymuje, że dwie funkcje wykonywane przez pełnomocnika są ze sobą nierozdzielnie związane. Jednakże fakt, że art. 3 ustawy nr 85-704 ogranicza się do przedstawienia przykładowej listy funkcji, które mogą być powierzone pełnomocnikowi przemawia przeciwko wykładni pozwanego państwa. Według tego przepisu omawianej ustawy, inwestor może również dobrze zwrócić się do usługodawcy w celu wykonania niektórych usług, a pełnomocnikowi może powierzać jedynie funkcje reprezentowania go. Może on również powierzyć całość obowiązków wyszczególnionych w art. 3 rzezczonej ustawy jednej i tej samej osobie. Jego pole manewru ograniczone jest jedynie art. 2 tej ustawy, który zabrania inwestorowi ustąpienia z funkcji osoby „ponoszącej główną odpowiedzialność za obiekt budowlany”. Wybór pozostawiony inwestorowi w zakresie obowiązków, które chce powierzyć bądź których nie chce powierzyć pełnomocnikowi pokazuje, że jest zupełnie możliwe oddzielenie różnorodnych zadań, które mogą na nim ciążyć: z jednej strony tych, które odpowiadają świadczeniu usług, z drugiej strony tych, które obejmują funkcje reprezentowania inwestora.

24 — Wyrok z dnia 26 kwietnia 1994 r. w sprawie C-272/91 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-1409, pkt 24.

25 — Dz.U. 1977, L 13, str. 1, zmieniona dyrektywą Rady 88/295/EWG z dnia 22 marca 1988 r. zmieniającą dyrektywę 77/62/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy i uchylającą niektóre przepisy dyrektywy 80/767/EWG (Dz.U. L 127, str. 1).

26 — Na przykład definicja administracyjnych i technicznych warunków opracowania projektu i wykonania obiektu budowlanego lub administrowanie umowami o zarządzanie przedsięwzięciami budowlanymi.

37. Skoro jest możliwe rozdzielenie dwóch typów uprawnień powierzanych pełnomocnikowi, nic nie stoi na przeszkodzie, by te dwie kategorie obowiązków były ewentualnie poddane różnym przepisom. Jeśli chodzi o świadczenie usług wykonywanych w zastosowaniu umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora, to odpowiada ono pojęciu zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50. W konsekwencji, przynajmniej w zakresie w jakim obejmuje ona świadczenie usług, umowa pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zawarta na podstawie ustawy nr 85-704 będzie podlegać przepisom tej dyrektywy.

38. Chciałbym teraz przeanalizować drugą kategorię obowiązków powierzanych pełnomocnikowi, aby ustalić czy mogą one zostać wykluczone spoza zakresu zastosowania dyrektywy, ze względu na to, że stanowią one przekazanie władzy publicznej. Pełnomocnik reprezentuje inwestora w dwóch przypadkach: przy podpisaniu umowy o kierowaniu przedsięwzięciem budowlanym oraz przy podpisaniu umowy o roboty budowlane z jednej strony i z drugiej strony, podczas wypłaty wynagrodzenia wybranym usługodawcom i wykonawcom.

39. Mimo że pełnomocnik jest upoważniony do podpisywania umów o kierowanie przedsięwzięciem budowlanym oraz umów o roboty budowlane w imieniu inwestora, może tego dokonać wyłącznie po otrzymaniu jego zgody²⁷. W takiej sytuacji nie zachodzi rzeczywiste przekazanie władzy publicznej, ponieważ pełnomocnik nie może podejmować tych decyzji w sposób samodzielny.

27 — Chciałbym zauważyć, że pełnomocnik nie może natomiast sprzeciwić się decyzji podjętej przez inwestora.

40. Jeżeli chodzi o wypłatę wynagrodzenia usługodawcom i wykonawcom, finansowanie zapewnione jest przez inwestora, tak że pełnomocnik również w tej dziedzinie nie posiada pola manewru. Ogranicza się on do zadatkowania środków, które zwraca mu inwestor.

41. A zatem choć pełnomocnik jest upoważniony do dokonania niektórych czynności prawnych w imieniu inwestora, przy realizacji swoich działań nie jest on wystarczająco samodzielny, aby można było uznać, że korzysta z przekazania mu władzy publicznej²⁸. Z tego powodu argument przedstawiony przez Republikę Francuską dotyczący szczególnego charakteru umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora musi zostać odrzucony, a umowa ta w całości musi podlegać dyrektywie 92/50.

2. Ewentualny wpływ orzeczenia w sprawie Ordine degli Architetti i in.

42. Zdaniem Republiki Francuskiej sposób rozumowania przyjęty ww. wyroku w sprawie Ordine degli Architetti i in. znajduje zasto-

28 — Na temat braku autonomii upoważnionego komisarza względem urzędu kontroli ubezpieczeń, wyrok z dnia 13 lipca 1993 r. w sprawie C-42/92 Thijssen, Rec. str. I-4047, pkt 20–22. Zobacz również ww. wyroki z dnia 5 grudnia 1989 r., oraz z dnia 26 kwietnia 1994 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom.

sowanie w drodze analogii i prowadzi do wyłączenia wszystkich umów pełnomocnictwa z zakresu zastosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. W sprawie tej włoski sąd zwrócił się do Trybunału z zapytaniem dotyczącym zgodności z prawem wspólnotowym krajowych przepisów stanowiących, że podmiot składający wniosek o wydanie pozwolenia na budowę może być w całości lub w części zwolniony z opłaty należnej za wydanie wspomnianego pozwolenia w zamian za bezpośrednią realizację obiektu infrastruktury (takiego jak drogi osiedlowe, miejsca parkingowe, sieci dystrybucji gazu).

na budowę, na mocy zawartych z nim umów do budowy zamówionych obiektów przy wykorzystaniu tych procedur, a tym samym wypełnienia zobowiązań ciążących w tym względzie na administracji gminnej na podstawie przedmiotowej dyrektywy. W istocie w takim przypadku deweloper musi być uznawany, na mocy porozumień zawieranych z gminą, które zwalniają go z ponoszenia opłat w zamian za realizację obiektu budowlanego użyteczności publicznej, jako dzierżyciel wyraźnego pełnomocnictwa udzielonego przez gminę na zbudowanie tego obiektu. Taka możliwość zastosowania zawartych w dyrektywie zasad dotyczących jawności przez osoby inne niż instytucja zamawiająca jest zresztą wyraźnie przewidziana w jej art. 3 ust. 4 w przypadku udzielania koncesji na roboty budowlane”.

43. Uznawszy, że realizacja takich robót wchodzi w zakres dyrektywy 93/37, Trybunał stwierdził niezgodność omawianego przepisu krajowego ze wspomnianą dyrektywą, w sytuacji gdy wartość danego obiektu przekracza próg ustalony w tej dyrektywie²⁹. Innymi słowy Trybunał uznał, że umowa zawarta pomiędzy gminą i właścicielem terenu, który złożył wniosek o wydanie pozwolenia na budowę wchodzi w zakres zastosowania wspomnianej dyrektywy. Wniosek ten poprzedza Trybunał zastrzeżeniem w pkt 100 wyroku, zgodnie z którym: „nie oznacza to, że aby dyrektywa ta była przestrzegana w przypadku realizacji obiektu infrastruktury, konieczne jest, by administracja gminna sama stosowała procedury przetargowe, o których mowa w tej dyrektywie. Skuteczność tej dyrektywy zapewniona jest w równym stopniu, jeżeli prawo krajowe zezwala administracji gminnej na zobowiązanie dewelopera, który uzyskał pozwolenie

44. Komisja i Republika Francuska dokonują różnej wykładni tego ustępu.

45. Republika Francuska wywodzi z tego punktu ogólną teorię pełnomocnictwa³⁰. Zgodnie z analizą tego punktu przedstawioną przez Republikę Francuską dla przestrzegania przepisów zawartych w dyrektywie 93/37 lub w dyrektywie 92/50 wystarczyłoby, żeby pełnomocnik sam podlegał wspomnianym dyrektywom. Ustawa nr 85-704 byłaby w rezultacie zgodna

29 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 103.

30 — Podczas rozprawy Republika Francuska dodała, że w art. 11 dyrektywy 2004/18 posłużono się tą teorią pełnomocnictwa, stosując ją do centralnych jednostek zakupujących.

z prawem wspólnotowym, ponieważ poddaje ona umowy zawierane przez pełnomocnika tym samym obowiązkom, co umowy zawierane przez inwestora³¹.

46. Komisja usiłuje wskazać różnice między sprawą będącą przedmiotem postępowania przed sądem krajowym a tą, która była podstawą wydania ww. wyroku w sprawie Ordine degli Architetti i in. Zauważa ona przede wszystkim, że mamy do czynienia z różnymi dyrektywami. Następnie podkreśla, że w sytuacji takiej jak ta będąca podstawą wyroku w sprawie Ordine degli Architetti i in., gmina pozbawiona jest możliwości wyboru swojego pełnomocnika, którym ma być podatnik posiadający pozwolenie na budowę. Wreszcie umowa zawarta między gminą a właścicielem terenów, który składa wniosek o pozwolenie na budowę, ogranicza się do postanowień stanowiących o zmniejszeniu należnych obciążeń w zamian za budowę obiektów infrastruktury z wyłączeniem jakiegokolwiek innego świadczenia usług, wykonywanego na rzecz gminy.

47. W świetle tych uwag wydaje się, że wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in. nie może być interpretowany w sposób sugerowany przez Republikę Francuską. W istocie, jak wyjaśnia Komisja, jeżeli umowy dotyczące zamówień na roboty budowlane zawierane przez właściciela są podporządkowane przepisom dyrektywy

93/37, to skuteczność tej dyrektywy jest zachowana³². Innymi słowy dla potrzeb przestrzegania celów dyrektywy 93/37 bez znaczenia jest, czy inwestorem poddanym obowiązkowi publikacji zaproszenia do składania ofert jest gmina, czy właściciel składający wniosek o wydanie pozwolenia na budowę.

48. Uznanie przez analogię, że umowa o świadczenie usług zawarta pomiędzy inwestorem a pełnomocnikiem mogła być wyłączona z zakresu dyrektywy 92/50, sprzeciwiałoby się skuteczności tej dyrektywy. W istocie w przeciwieństwie do sytuacji badanej przez Trybunał w sprawie Ordine degli Architetti i in., należy odróżnić z jednej strony zadania w zakresie reprezentacji, jak podpisywanie umów zawieranych w imieniu inwestora, a z drugiej strony usługi świadczone odpłatnie przez pełnomocnika na rzecz inwestora. Ewentualne zastosowanie wyroku w sprawie Ordine degli Architetti i in. może dotyczyć wyłącznie tych pierwszych. Jeżeli miałyby miejsce przekazanie władzy publicznej z inwestora na rzecz pełnomocnika, wtedy moglibyśmy uznać, że zastosowanie dyrektywy 92/50 jedynie w stosunku do pełnomocnika wystarcza do zapewnienia skuteczności tej dyrektywy. Jeśli chodzi natomiast o świadczenie usług wykonywanych na rzecz inwestora, sam fakt, że są one realizowane w ramach umowy pełnomocnictwa, nie może stać na przeszkodzie podporządkowaniu ich wspomnianej dyrektywie.

32 — Inny wniosek należałoby przyjąć, jeśli właściciel terenu składający wniosek o wydanie pozwolenia na budowę nie byłby poddany obowiązkowi wynikającemu z dyrektywy co do umów, które zawiera z wykonawcami, gdyż zastosowanie dyrektywy byłoby wówczas zupełnie wykluczone nawet jeśli konstruowane obiekty stanowiłyby „roboty publiczne” w rozumieniu dyrektywy.

49. W odniesieniu do działań pełnomocnika w zakresie reprezentacji, w przypadku nieprzekazania władzy publicznej, możemy jedynie zrównać te działania ze świadczeniem usług. Ponadto skoro nic nie stoi na przeszkodzie powierzeniu przez inwestora usługodawcy, w ramach umowy o udzieleniu zamówienia, a nie w ramach pełnomocnictwa, wykonania usług pomocniczych identycznych z tymi, które mogłyby być wykonywane przez pełnomocnika, nie ma jakichkolwiek wątpliwości co do możliwości zastosowania dyrektywy 92/50 do umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora. Pewnym jest, że kwalifikacja umowy w prawie krajowym nie może prowadzić do obejścia zastosowania prawa wspólnotowego. Wynika z tego, że dyrektywa 92/50 ma zastosowanie do świadczenia usług wykonywanych przez pełnomocnika na rzecz inwestora, a kwalifikacja stosunku umownego w prawie krajowym nie może mieć na to żadnego wpływu.

50. W każdym razie, jak wykażę to bardziej szczegółowo w trzeciej części, nawet jeżeli umowa pełnomocnictwa taka jak określona w ustawie francuskiej nie wchodziłaby w zakres zastosowania dyrektywy, podlegałaby ona przepisom odnoszącym się do swobody świadczenia usług.

B — *Niezgodność art. 4 ustawy nr 85-704 z dyrektywą 92/50*

51. Skoro umowa pełnomocnictwa w rozumieniu ustawy nr 85-704 wchodzi

w zakres zastosowania dyrektywy 92/50, należy ustalić, czy francuskie przepisy są zgodne ze wspomnianą dyrektywą. Artykuł 4 ustawy nr 85-704, który jest przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie, zastrzega rolę pełnomocnika dla pewnych kategorii podmiotów francuskiego prawa publicznego, wyliczonych w zamkniętym katalogu.

52. Pozostaje to w wyraźnej sprzeczności z celem dyrektywy 92/50, jakim jest przyznanie równego dostępu usługodawcom do zamówień publicznych³³. W istocie, jak orzekł Trybunał w odniesieniu do dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane³⁴, „jeżeli dyrektywa nie czyni wyraźnej wzmianki o zasadzie równości traktowania oferentów, prawdą jest niemniej jednak, że obowiązek przestrzegania tej zasady odpowiada samej istocie dyrektywy”³⁵. Twierdzenie to zachowuje ważność w odniesieniu do dyrektywy 92/50. Artykuł 4 ustawy nr 85-704 stoi zatem w oczywistej sprzeczności z zasadą równego traktowania oferentów z uwagi na fakt, że zastrzega wyłącznie dla niektórych osób prawnych prawa publicznego możliwość zawierania umów pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora.

33 — Zobacz w szczególności motyw dwudziesty preambuły dyrektywy.

34 — Dz.U. L 185, str. 5.

35 — Wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, Rec. str. I-3353, pkt 33. Zobacz również pkt 18 opinii rzecznika generalnego Tesaura w tej sprawie: „W tym względzie niemalże zbędne jest podkreślanie, że w zakresie udzielenia zamówienia, właśnie z uwagi na to, że chodzi o procedurę zaproszenia do składania ofert, należy koniecznie zapewnić równość wszystkich uczestników tego postępowania: w przeciwnym razie nie chodziłoby o udzielenie zamówienia, ale raczej o negocjacje [...] prywatne. Zatem równe traktowanie leży u podstaw wszystkich uregulowań dotyczących procedur udzielania zamówień, gdyż stanowi ono samą ich istotę”.

53. Ponadto ustawa nr 85-704 nie przewiduje żadnej uprzedniej publikacji zaproszenia do składania ofert przed zawarciem umowy pełnomocnictwa, tak że inwestor może swobodnie wybrać spośród kategorii osób prawa publicznego określonych w art. 4 rzezczonej ustawy, nawet jeśli kwota danych usług przekracza próg przewidziany w art. 13 dyrektywy 92/50.

zauważyć, że zaskarżona ustawa nie przewiduje żadnej procedury zaproszenia do składania ofert w celu wyłonienia pełnomocnika. Zatem niezależnie od tego, czy usługi, które są mu powierzane objęte są załącznikiem IA, czy I B, należy stwierdzić, że ustawa nr 85-704 jest niezgodna z art. 8 i 9 dyrektywy 92/50.

54. Jak zostało przypomniane powyżej, obowiązek zaproszenia do składania ofert i uprzedniej publikacji różnią się w zależności od tego czy usługi świadczone instytucji zamawiającej figurują na liście załącznika IA lub IB do dyrektywy 92/50. Kwestia, czy dana usługa przynależy do kategorii IA, czy IB, ma więc wpływ na przepisy, które znajdują względem niej zastosowanie. Zamówienia dotyczące usług wymienionych w załączniku IB są poddane mniejszej liczbie obowiązków niż te, dotyczące usług wymienionych w załączniku IA. Artykuł 10 dyrektywy 92/50 stanowi, że w przypadku umowy mieszanej „[z]amówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku IA, jak i w załączniku IB, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI, w przypadku gdy wartość usług wymienionych w załączniku IA jest większa niż wartość usług wymienionych w załączniku IB. W sytuacji gdy tak nie jest, są one udzielane zgodnie z art. 14 i 16”.

56. Nawet jeśli klasyfikacja usług wykonywanych przez pełnomocnika ma niewielki wpływ na niezgodność ustawy krajowej z dyrektywą 92/50, konieczne jest pewne wyjaśnienie, jako że strony bronią przeciwstawnych punktów widzenia³⁶. Państwo pozwane twierdzi dodatkowo, że usługi wykonane przez pełnomocnika odpowiadają zasadniczo usługom prawniczym, takim jak wymienione w pkt 21 załącznika IB do dyrektywy 92/50, oraz posilkowo zadaniom administracyjnym, takim jak przygotowanie procedury zaproszenia do składania ofert i udzielenia zamówienia, jak również kwestii rachunkowych, należących do kategorii 27 (inne usługi) tego samego załącznika. Komisja jest zdania, że pełnomocnik świadczy w przeważającym zakresie usługi architektoniczne i inżynierskie sklasyfikowane w punkcie 12 załącznika IA. Funkcje czysto reprezentacyjne pełnomocnika mogą należeć według Komisji do punktu 27 załącznika IB dyrektywy 92/50, zatytułowanego „Inne usługi”.

55. W tym przypadku, i to nawet bez potrzeby określania, jaka procedura powinna mieć zastosowanie do umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora, wystarczy

36 — Ponadto pytanie to nie jest pozbawione implikacji dotyczącej zgodności ustawy nr 85-704, zmienionej rozporządzeniem nr 2004-566 z dnia 17 czerwca 2001 r., z dyrektywą 92/50.

57. Analizując art. 3 ustawy nr 85-704, cytowany w pkt 9 niniejszej opinii, który opisuje zadania, jakie mogą być powierzone pełnomocnikowi, trudno uznać, jak czyni to Komisja, że zadania powierzone pełnomocnikowi polegają jedynie na usługach opracowania koncepcji planów architektonicznych lub usługach inżynierskich określonych w kategorii 12 załącznika IA, nawet jeśli „określenie administracyjnych i technicznych warunków opracowania projektu i wykonania obiektu budowlanego”³⁷, jak również „odbioru obiektu budowlanego”³⁸, wydają się przynależeć do tej kategorii. Nie można w tym względzie pominąć badania każdego przypadku z osobna. Zgodnie z art. 10 dyrektywy 92/50 inwestor powinien ustalić, jakie przepisy znajdują zastosowanie do danej umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora, ponieważ z powodu różnorodności przedmiotu takich umów nie wydaje się możliwe poddanie ich jednolitym przepisom³⁹.

58. W świetle tych uwag należy stwierdzić, że art. 4 omawianej ustawy jest niezgodny z art. 8 i 9 dyrektywy 92/50⁴⁰. W odniesieniu do przypadków, w których dyrektywa nie znajduje zastosowania, należy ustalić, czy art. 4 ustawy nr 85-704 jest zgodny z zasadą swobody świadczenia usług.

37 — Artykuł 3 tiret pierwsze ustawy nr 85-704.

38 — Artykuł 3 tiret szóste ustawy nr 85-704.

39 — Wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 Felix Swoboda, Rec. str. I-10567.

40 — Chciałbym w tym względzie zauważyć, że w zastosowaniu art. 2 ust. 2 francuskiego kodeksu zamówień publicznych, przyjętego w drodze dekretu nr 2004-15 z dnia 7 stycznia 2004 r. (JORE, str. 703), „zamówienia przyznane na mocy pełnomocnictwa udzielonego przez jeden z podmiotów publicznych wymienionych w pkt 1 niniejszego artykułu” podlegają przepisom rzeczonego kodeksu.

III — Niezgodność art. 4 ustawy nr 85-704 z art. 49 WE

59. Można postawić pytanie o interes leżący w kumulatywnym zastosowaniu postanowień traktatu odnoszących się do swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości z dyrektywami regulującymi zamówienia publiczne, a w niniejszym przypadku z dyrektywą 92/50. Jednakże dla wszystkich zamówień publicznych nieobjętych zakresem zastosowania dyrektyw przepisy traktatu odnoszące się do swobody przepływu w naturalny sposób znajdują zastosowanie⁴¹. Podobnie umowy pozostające poza zakresem zastosowania dyrektywy 92/50, takie jak koncesja, podlegają nadal ogólnym regułom traktatu⁴². Zatem w sytuacji gdy wartość umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora nie przewyższa progów finansowych określonych w dyrektywie 92/50⁴³ lub jeżeli umowa ta podlega wyjątkowi od rzeczony dyrektywy, należy ustalić, czy art. 4 omawianej ustawy jest zgodny z art. 49 WE.

60. Zdaniem Republiki Francuskiej art. 49 WE nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ pełnomocnik

41 — Wyrok z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 CEI i in., Rec. str. 3347, pkt 15, oraz postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. str. I-9505, pkt 19–21.

42 — Wyrok z dnia 9 września 1999 r. w sprawie C-108/98 RLSAN, Rec. str. I-5219, pkt 20, oraz ww. w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60. Zobacz również P. Cassia, „Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement” w: RTDEur. 2002, str. 413.

43 — Artykuł 7 dyrektywy 92/50.

nie świadczy usług. W odróżnieniu od usługodawcy, pełnomocnik uczestniczy w wykonywaniu zadania w interesie ogólnym, reprezentuje podmiot prawa publicznego i korzysta z przekazania uprawnień wiążących się z prawem podejmowania decyzji.

61. Jak zostało powiedziane powyżej, nie zdaje się nie stać na przeszkodzie zakwalifikowaniu zadań wykonywanych przez pełnomocnika jako świadczenia usług.

62. Pozwane państwo powtarza swoją argumentację opartą na ww. wyroku w sprawie Ordine degli Architetti i in. i uważa, że jego ustawodawstwo jest zgodne z art. 49 WE, skoro pełnomocnik poddany jest przepisom dotyczącym zamówień publicznych dla umów, które zawiera w imieniu inwestora.

63. Analiza tego wyroku dokonana przez Republikę Francuską nie jest przekonywująca. W istocie, jak zostało wskazane powyżej, pełnomocnik nie ogranicza się do zawierania umów na rachunek inwestora, ale świadczy również dla tego ostatniego liczne usługi, za które jest wynagradzany. Krytyka Komisji dotyczy wyłącznie tego stosunku umownego, w którym pełnomocnik jest w rzeczywistości usługodawcą. Tymczasem wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in. dotyczy jedynie pełnomocnictwa w sensie ścisłym, to znaczy sytuacji,

w której pełnomocnik ogranicza się do działania na rachunek osoby, którą reprezentuje. Ponadto wyrok ten nie wyklucza w żadnym razie kwalifikacji umowy pełnomocnictwa jako świadczenia usług. Skoro pełnomocnik działa również jako usługodawca, podlega jako taki art. 49 WE.

64. Zastrzeżenie prawa do zawierania umów pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora dla niektórych osób prawnych prawa publicznego, na podstawie art. 4 ustawy nr 85-704 stanowi przeszkodę w swobodnym przepływie usług. Mimo że sporny przepis nie czyni wyraźnego odniesienia do narodowości upoważnionych usługodawców, to jednak jest praktycznie niemożliwe, by przedsiębiorstwo z innego państwa członkowskiego otrzymało status prawny osoby prawnej francuskiego prawa publicznego⁴⁴.

65. Co więcej, nawet jeżeli byłoby możliwe, aby przedsiębiorstwo zagraniczne należało do jednej z kategorii osób prawnych wymienionych w art. 4 omawianej ustawy, wymagane od przedsiębiorstwa zmiany statusu prawnego, aby mogło świadczyć dane usługi, byłoby sprzeczne z zasadą swobody świadczenia usług. Jak podkreślił rzecznik generalny Lenz w pkt 22 swojej opinii w sprawie

44 — Wyżej wymienione wyroki z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. 4035, oraz z dnia 26 kwietnia 1994 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom. W kwestii swobodnego przepływu towarów Trybunał zastosował to samo rozumowanie: wyrok z dnia 20 marca 1990 r. w sprawie C-21/88 Du Pont de Nemours Italiana, Rec. str. I-889. Zobacz również w związku z tym R. Noguellou „La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent” w: *Problèmes actuels de droit communautaire*, I.G.D.J., 1998.

Komisja przeciwko Włochom⁴⁵, „ze swobody przedsiębiorczości, do której ochrony zmierza art. 59 WE, wynika, że można powstrzymać się od takiego działania”.

66. W rezultacie art. 4 ustawy nr 85-704 stanowi przeszkodę dla swobody świadczenia usług, gdyż prowadzi do zastrzeżenia dla francuskich usługodawców umów dotyczących usług wymienionych w art. 3 rzeczony ustawy.

67. Ponieważ została stwierdzona niezgodność ustawy nr 85-704 z art. 49 WE, należy zastanowić się nad ewentualnym zastosowaniem art. 45 ust. 1 WE, który stanowi, że „[p]ostanowienia niniejszego rozdziału nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej”. Komisja rozważa możliwość zastosowania tego wyjątku, następnie ją odrzucając. Przypomniawszy, że wyjątek ten należy interpretować jako ograniczający się do „czynności, które same z siebie obejmują bezpośrednie uczestnictwo w wykonywaniu władzy publicznej”⁴⁶, Komisja stwierdza, że zadania powierzone pełnomocnikowi mają charakter czysto techniczny, co nie odpowiada tej definicji.

68. Jeżeli chodzi o czynności, w których pełnomocnik reprezentuje inwestora, takie jak podpisywanie umów o kierowanie przedsięwzięciem budowlanym i o roboty budowlane, jak również wypłata wynagrodzenia usługodawcom i wykonawcom, Komisja uznaje również, że art. 45 WE nie znajduje zastosowania. Podpisywanie umów jest uzależnione od zgody inwestora, tak że nie można zdaniem Komisji przyjąć, że pełnomocnik rzeczywiście korzysta z przekazania władzy publicznej. Wypłata wynagrodzenia na rzecz wykonawców i usługodawców nie odpowiada również wykonywaniu władzy publicznej, ponieważ finansowanie jest zapewnione przez inwestora.

69. Jak wykazałem powyżej, pełnomocnik nie uczestniczy w wykonywaniu władzy publicznej niezależnie czy chodzi o powierzone mu zadania polegające na wsparciu, czy na reprezentacji. W konsekwencji wyjątek przewidziany w art. 45 WE nie znajduje do niego zastosowania⁴⁷.

70. Wyjątek przewidziany w art. 46 WE nie może również znaleźć zastosowania z tego powodu, że państwo pozwane nie przedstawiło żadnego uzasadnienia dotyczącego względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego.

45 — Wyrok z dnia 3 czerwca 1992 r. w sprawie C-360/89, Rec. str. I-3401.

46 — Wyżej wymieniony wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom.

47 — Zobacz w związku z tym orzecznictwo cytowane w przypisie 27.

IV — Wnioski

„71. Uwzględniając powyższe uwagi proponuję, aby Trybunał orzekł, że zastrzegając w art. 4 ustawy nr 85-704 z dnia 12 lipca 1985 r. o zarządzaniu publicznymi przedsiębiorstwami budowlanymi oraz o stosunku, w jakim pozostaje ono do prywatnego kierowania budową, zmienionej ustawą nr 91-662 z dnia 13 lipca 1985 r. i ustawą nr 96-987 z dnia 14 listopada 1996 r., pełnienie funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych we francuskim porządku prawnym, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, a w szczególności jej art. 8 i 9, oraz na mocy art. 49 WE”.