

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

L.A. GEELHOEDA

przedstawiona w dniu 28 września 2006 r.¹**I — Wprowadzenie**

1. Niniejsza sprawa dotyczy zgodności z prawem wspólnotowym, a w szczególności z dyrektywami wspólnotowymi odnoszącymi się do zamówień publicznych² oraz z art. 12 WE, 43 WE, 46 WE i 86 ust. 1 WE krajowego reżimu prawnego, jakim objęte jest przedsiębiorstwo publiczne utworzone zgodnie z zasadami prawa prywatnego, które

zgodnie z tym reżimem stanowi „własną jednostkę wykonawczą”, to znaczy własną służbę wykonawczą właściwego organu administracji, ale które może ponadto świadczyć usługi na rzecz innych organów administracji niż organ, któremu jest podległe jako służba wykonawcza, oraz na rzecz przedsiębiorstw i instytucji prywatnych. Właściwy organ administracji może ponadto zlecić tej osobie prawnej wykonanie innych zadań niż zadania określone w opisie prawnym przedmiotu jej działalności.

1 — Język postępowania: niderlandzki.

2 — W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy ogranicza się do odwołania do dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1) i do dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), zmienionych i skodyfikowanych w dyrektywie Parlamentu i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114). Niemniej jednak z opisu przedmiotu działalności Empresa de Transformación Agraria SA (Tragsa) zawartego w hiszpańskich ustawach i przepisach wykonawczych mających do niej zastosowanie należy wywieść, że przedmiot jej działalności obejmuje zarówno dostawę usług, jak i zaopatrzenie w wodę. Dlatego nie można z góry wykluczyć, że do okoliczności faktycznych tej sprawy może mieć zastosowanie dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1) oraz dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84), która została zastąpiona dyrektywą Parlamentu i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, str. 1). W niniejszej opinii, dla zwięzłości, będą odwoływał się ogólnie do „dyrektyw dotyczących zamówień publicznych”.

2. Asociación Nacional de Empresas Forestales (zwane dalej: „Asemfo”) wniosło do sądu krajowego skargę przeciwko Tragsie, a sąd ten postanowił skierować pytania do Trybunału. Asemfo oskarża Tragsę o naruszenie hiszpańskiej ustawy o ochronie konkurencji w zakresie, w jakim nie stosuje się do procedur udzielania zamówień publicznych określonych przez ustawodawstwo hiszpańskie i w ten sposób jest winna nadużycia pozycji dominującej na rynku robót budowlanych oraz usług w sektorze eksploatacji lasów. Na wyrok w tej sprawie, wydany przez izbę sądowno-administracyjną Audiencia Nacional, Asemfo złożyło skargę kasacyjną do Tribunal Supremo. Tribunal

Supremo postanowił skierować do Trybunału wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

II — Ramy prawne

A — Ustawodawstwo i uregulowania krajowe

3. W celu należytego zrozumienia praktycznych i prawnych implikacji pytań, które zostały skierowane do Trybunału, należy przedstawić w nieco szerszy niż zazwyczaj sposób bardzo szczegółowe i złożone reguły mające zastosowanie do Tragsy, określone w krajowych ustawach i przepisach wykonawczych.

4. Tragsa została ukonstytuowana jako przedsiębiorstwo publiczne w dniu 4 maja 1977 r. na mocy rozporządzenia królewskiego

379/1977 z dnia 21 czerwca 1977 r.³ Z prawnego punktu widzenia ta osoba prawna częściowo podlega reżimowi ogólnemu, mającemu zastosowanie do spółek prawa prywatnego, a częściowo ogólnym regułom prawa regulującym działalność przedsiębiorstw publicznych. Przedmiot działalności przedsiębiorstwa, początkowo określony w art. 2 wspomnianego rozporządzenia królewskiego, został następnie poszerzony na mocy rozporządzeń królewskich nr 424/1984 z dnia 8 lutego 1984 r. i nr 1422/1985 z dnia 17 lipca 1985 r. Podstawowe rodzaje działalności Tragsy obejmują obecnie wykonywanie wszelkiego rodzaju działań, robót budowlanych lub budowli, świadczenie usług, opracowywanie analiz, planów, projektów w dziedzinie rolnictwa, leśnictwa, rozwoju wsi, ochrony i poprawy środowiska, akwakultury i rybołówstwa, jak również działań na rzecz zachowania środowiska naturalnego.

5. Z art. 88 hiszpańskiej ustawy nr 66/1997 z dnia 30 grudnia 1997 r. o instrumentach podatkowych, administracyjnych i z zakresu spraw społecznych wynika, że zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) ogólnej ustawy

3 — W przypisie 3 do swoich uwag na piśmie Komisja zaznacza, że ustawa o reformie i rozwoju rolnictwa z 1973 r. przewidywała wyraźnie utworzenie przedsiębiorstwa ds. przekształceń w rolnictwie jako służby wykonawczej państwa z zakresie reformy i rozwoju rolnictwa. Utworzenie Tragsy wynika z woli nadania osobowości prawnej parkowi maszyn Krajowego Instytutu Reformy i Rozwoju Rolnictwa (Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, IRYDA), zgodnie z preambułą dekretu królewskiego 379/1977, w której ustawodawca wyjaśnia, że celem jest „[...] realizacja prac za pośrednictwem przedsiębiorstwa posiadającego osobowość prawną prawa prywatnego, które wykonywane są aktualnie przez park maszyn instytutu IRYDA i których wykonanie nie może być powierzone przedsiębiorstwu prywatnym ze względu na ich specjalistyczny charakter, ich rozproszenie w czasie i przestrzeni, konieczność realizowania pilnych programów prac lub ze względu na to, że dotyczą one robót opłacalnych w niewielkim stopniu lub w ogóle nieopłacalnych, gdy rząd, w następstwie huraganów lub innych podobnych klęsk żywiołowych, żąda pilnej interwencji ze strony IRYDA w celu przyjęcia z pomocą osobom poszkodowanym [...]”.

budżetowej Tragsa jest spółką publiczną świadcząca niezbędne usługi w zakresie rozwoju wsi i ochrony środowiska. Jest „własną jednostką wykonawczą i służbą techniczną administracji”, która jest zobowiązana do wykonywania, samodzielnie lub poprzez spółki zależne, robót zleconych przez administrację centralną, regiony autonomiczne oraz zależne od nich instytucje publiczne.

6. Rozporządzenie królewskie nr 371/1999 z dnia 5 maja 1999 r. jest ostatnim przyjętym rozporządzeniem w sprawie reżimu prawnego „Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anonima” (Tragsa).

7. Tragsa jest zobowiązana do wykonywania robót i działań zleconych przez organy administracji. Obowiązek ten dotyczy wyłącznie zleceń skierowanych do Tragsy jako własnej jednostki wykonawczej i służby technicznej w dziedzinach stanowiących przedmiot działalności tej spółki (art. 3 ust. 2 rozporządzenia królewskiego nr 371/1999). Ponadto Tragsa ma obowiązek priorytetowego traktowania pilnych lub wyjątkowych działań ogłoszonych w związku z katastrofami lub klęskami żywiołowymi (art. 3 ust. 3 rozporządzenia królewskiego). Nie może ona odmówić przyjęcia zlecenia ani negocjować terminów wykonania. Wykonuje zleczone jej roboty zgodnie z otrzymanymi instrukcjami (art. 5 ust. 3 rozporządzenia królewskiego).

8. Rozporządzenie królewskie stanowi, że Tragsę łączy z organami administracji publicznej stosunki wykonawcze, a nie umowne, i w związku z tym mają one pod każdym względem charakter wewnętrzny, zależny i podległy (art. 3 ust. 6 rozporządzenia królewskiego).

9. Co się tyczy reżimu finansowego, jakiemu podlega Tragsa, otrzymuje ona wynagrodzenie przy zastosowaniu systemu cen określonego w art. 4 rozporządzenia królewskiego nr 371/1999. Ceny są ustalane przez międzyresortowy komitet w oparciu o między innymi informacje o kosztach przekazywane przez Tragsę.

10. Tragsa może współpracować z przedsiębiorstwami prywatnymi (art. 6 rozporządzenia królewskiego nr 371/1999). Jednakże współpraca z sektorem prywatnym obwarowana jest różnymi ograniczeniami. Może ona dotyczyć wyłącznie robót w zakresie rzeczy ruchomych lub wytwarzania rzeczy ruchomych, przy czym wartość tych umów nie może przekroczyć pewnej określonej kwoty. Przy wyborze przedsiębiorstw partnerskich muszą być zachowane zasady udzielania zamówień publicznych w zakresie jawności oraz konkurencji.

11. Jednakże należy przypomnieć, że Tragsa może również działać jako przedsiębiorstwo, nawet w stosunku do administracji, i nie musi wówczas występować jako „własna jednostka

wykonawcza i służba techniczna administracji”. W takich przypadkach, zgodnie z przepisami art. 1 rozporządzenia królewskiego nr 371/1999, jej działalność podlega ogólnym przepisom mającym zastosowanie do spółek handlowych.

12. System administracyjny, w ramach którego działa Tragsa, uległ zasadniczym zmianom w latach 80. ubiegłego wieku na skutek wejścia w życie konstytucji z 1978 r., na mocy której uprawnienia administracji centralnej w zakresie rolnictwa i ochrony środowiska zostały przekazane regionom autonomicznym oraz regionom (zwanym dalej „regionami”). Przeniesienie zadań pociągało za sobą równoczesne przeniesienie środków koniecznych do ich pełnego wykonywania. W związku z powyższym Tragsa została oddana do dyspozycji regionów jeszcze przed wejściem w życie traktatu WE w odniesieniu do Królestwa Hiszpanii.

13. Uprawnienia publiczne, jakie administracja centralna wykonywała w stosunku do Tragsy, zostały przeniesione na rzecz regionów na podstawie umów prawa publicznego, zawartych z Tragsą indywidualnie przez poszczególne regiony. Umowy te określają reżim wykorzystania Tragsy jako „własnej” jednostki wykonawczej danego regionu autonomicznego. Większość regionów autonomicznych podpisało z Tragsą podobne umowy, chociaż tylko cztery w nich objęły udziały w jej kapitale i stały się jej akcjonariuszami.

14. Zgodnie z obowiązującymi hiszpańskimi ustawami i przepisami wykonawczymi, region nie jest zobowiązany być akcjonariuszem Tragsy, by mieć prawo korzystania ze świadczonych przez nią usług: funkcjonuje ona jako „własna” jednostka wykonawcza regionów i fakt bycia lub nie jej akcjonariuszem nie ma w zasadzie znaczenia, co zostało potwierdzone ustawą nr 66/1997; zgodnie z jej przepisami regiony mogą nabyć udziały w Tragsie, ale nie są do tego zobowiązane.

15. Aby dokonać oceny pytań skierowanych do Trybunału, użyteczne jest również przedstawienie kilku przepisów ustawodawstwa hiszpańskiego odnoszących się do zamówień publicznych. Określają one w szczególności ramy prawne, w jakich działała i nadal działa Tragsa w oparciu o posiadany przez nią status przedsiębiorstwa publicznego.

Artykuł 60 ustawy o zamówieniach publicznych, której przepisy zostały zatwierdzone rozporządzeniem królewskim nr 923/1965 z dnia 8 kwietnia 1965 r., stanowi, że:

„Administracja może wykonywać roboty budowlane bezpośrednio wyłącznie w następujących przypadkach:

1. jeżeli administracja dysponuje fabrykami, arsenałami, warsztatami lub

służbami technicznymi, lub przemysłowymi odpowiednimi do wykonania planowanych robót. W takich przypadkach powinien być to normalnie stosowany sposób wykonania robót”.

rozporządzeniem królewskim nr 2/2000 z dnia 16 czerwca 2000 r. stanowi:

Artykuł 153 ustawy nr 13/1995 z dnia 18 maja 1995 r. o zamówieniach publicznych stanowi:

„1. Administracja może wykonywać roboty budowlane za pomocą własnych służb i zasobów ludzkich lub rzeczowych, lub też przy współpracy prywatnych przedsiębiorstw, o ile w przypadku tej współpracy wartość robót jest mniejsza niż 5 923 624 EUR, co stanowi równoważność 5 000 000 praw szczególnego ciągnięcia (SDR) w następujących przypadkach:

„1. Administracja może wykonywać roboty budowlane za pomocą własnych służb i zasobów ludzkich lub rzeczowych, lub też przy współpracy prywatnych przedsiębiorstw, o ile w przypadku tej współpracy wartość robót jest mniejsza niż 681 655 208 ESP bez podatku VAT, w następujących przypadkach:

a) jeżeli administracja dysponuje fabrykami, arsenałami, warsztatami lub służbami technicznymi, lub przemysłowymi odpowiednimi do wykonania planowanych robót. W takich przypadkach powinien być to normalnie stosowany sposób wykonania robót”.

a) jeżeli administracja dysponuje fabrykami, arsenałami, warsztatami lub służbami technicznymi, lub przemysłowymi odpowiednimi do wykonania planowanych robót. W takich przypadkach powinien być to normalnie stosowany sposób wykonania robót”.

Artykuł 194 ustawy 13/1995 stanowi:

Artykuł 152 tekstu jednolitego ustawy o zamówieniach publicznych zatwierdzony

„1. Administracja może wytwarzać rzeczy ruchome za pomocą własnych służb i zasobów ludzkich lub rzeczowych, lub też przy współpracy prywatnych

przedsiębiorstw, o ile w przypadku tej współpracy wartość tych przedmiotów jest mniejsza od pułapów określonych w art. 177 ust. 2, w następujących przypadkach:

- a) jeżeli administracja dysponuje fabrykami, arsenałami, warsztatami lub służbami technicznymi, lub przemysłowymi odpowiednimi do wykonania planowanych robót. W takich przypadkach powinien być to normalnie stosowany sposób wykonania dostawy”.

16. Jak podnosi sąd krajowy, ustawodawstwo cytowane w poprzednim punkcie określa różne warunki, na których administracja może sama wykonywać roboty budowlane, a w szczególności warunek dysponowania środkami własnymi, jakimi są Tragsa i prowadzona przez nią działalność. Z tym warunkiem nie jest związany żaden dodatkowy wymóg ani zaistnienie żadnej innej okoliczności, jak pilna potrzeba lub interes publiczny, w przypadku których musi być spełniony wyraźnie określony warunek: „kiedy chodzi o wykonanie prac uznanych za pilne, zgodnie z przepisami niniejszej ustawy”⁴. Wystarczy tym samym, by administracja dysponowała własnymi służbami takimi jak Tragsa i jej spółki zależne, aby móc im zlecić wykonanie wszelkich robót lub działań bez żadnego dodatkowego warunku. Jedynym ograniczeniem jest ograniczenie ilościowe, którego Tragsa zobowiązana jest przestrzegać w przypadku, gdy przy realizacji

sposzywającego na niej zadania współpracuje z przedsiębiorstwami prywatnymi. Jest to uprawnienie, a nie obowiązek danego organu administracji.

17. Na koniec chciałbym jeszcze przypomnieć, że Tragsa, zgodnie z przepisami art. 88 ust. 7 ustawy nr 66/1997 zmienionej ustawą nr 53/2002, sama jest instytucją zamawiającą.

B — *Kilka uwag na temat struktury i działalności Tragsy*

18. W swoich uwagach na piśmie Komisja dostarczyła kilka precyzyjniejszych informacji na temat struktury i działalności Tragsy, które wyjaśniają ramy prawne i administracyjne, które przedstawiłem i które mogą okazać się użyteczne w celu dokonania oceny pytań przedstawionych Trybunałowi i udzielenia na nie odpowiedzi.

19. Przeważająca liczba akcji Tragsy, to jest ponad 99%, należy nadal, pośrednio lub bezpośrednio, do państwa hiszpańskiego. Cztery regiony posiadają udziały symbo-

⁴ — Artykuł 152 ust. 1 lit. d) aktualnie obowiązującej ustawy skodyfikowanej z 2000 r.

liczne, które razem stanowią mniej niż 1% kapitału zakładowego Tragsy.

20. Działalność prowadzona przez Tragsę uległa z biegiem czasu znacznemu różnicowaniu. Poza tradycyjną działalnością taką jak projektowanie i budowa infrastruktury i urządzeń koniecznych do modernizacji systemów produkcji w rolnictwie i w hodowli, rosnącego znaczenia nabierały technologie sprzyjające poprawie wykorzystania wody, zachowaniu środowiska naturalnego i dziedzictwa historycznego i kulturowego na obszarach wiejskich. Obecnie Tragsa zajmuje się również wspieraniem leśnictwa, ochroną i zarządzaniem zasobami w sektorze rybołówstwa oraz akwakultury.

21. Tragsa finansowana jest poprzez wynagrodzenie, jakie otrzymuje za wykonane prace. W roku obrachunkowym 2004 jej obroty wyniosły 674 mln EUR, a jej zysk netto, po uiszczeniu podatku nakładanego na spółki, wyniósł 22,24 mln EUR.

22. Tragsa i spółki zależne osiągają ponad połowę obrotów⁵ z działalności na rzecz

regionów, co jest logiczne, ponieważ to właśnie regiony wykonują większość uprawnień publicznych w sektorach, w których działa to przedsiębiorstwo. Około 30% obrotów pochodzi z realizacji zadań zleczanych przez hiszpańską administrację centralną, 5% od innych instytucji publicznych, w tym gmin, natomiast 2–3,5% od przedsiębiorstw i osób prywatnych.

23. Komisja oświadcza ponadto, że dane liczbowe, którymi dysponuje, nie pozwalają jej określić, jaka część całkowitych obrotów Tragsy odpowiada części działań wykonywanych przez Tragsę działającą jako „własna jednostka wykonawcza i służba techniczna” administracji.

24. Użyteczne może okazać się wywiedzenie z powyżej przedstawionych rozważań oraz określenie następujących punktów odniesienia w celu dokonania ściślejszej analizy pytań skierowanych do Trybunału przez Tribunal Supremo.

Jako jednostka wykonawcza pozostająca w służbie — zasadniczo — regionów, Tragsa jako osoba prawna należy prawie całkowicie do hiszpańskiego skarbu państwa, który posiada ponad 99% jej kapitału zakładowego.

5 — Komisja podnosi ponadto, że Tragsa posiada również spółki zależne za granicą. W czasie rozprawy Tragsa poinformowała jednak, że zlikwidowała część swoich spółek zależnych lub że całkowicie lub częściowo zakończyły one swoją działalność.

Chociaż jest niezależna pod względem organizacyjnym, Tragsa, w zakresie wykonywania zadań, które zostają jej zlecone przez administrację centralną oraz regionalną, jest całkowicie podporządkowana poleceniom oraz instrukcjom, jakie organy te jej wydają w wykonaniu posiadanych przez siebie uprawnień publicznych; jest ona zobowiązana przyjąć zlecone jej zadania, wykonać je, dostosowując się do specyfikacji oraz terminów, które zostają jej wyznaczone, oraz zastosować ceny ustalone rozporządzeniem.

inną od działalności, którą prowadzi jako własna jednostka wykonawcza administracji centralnej i regionów. Dostępne informacje nie pozwalają jednak ustalić dokładnego zakresu tej działalności, ponieważ Tragsa wykonuje ją częściowo przez swoje spółki zależne.

III — Stan faktyczny, przebieg postępowania i pytania prejudycjalne

Hiszpańskie ustawodawstwo w zakresie zamówień publicznych nie uniemożliwia Tragsie otrzymywania od administracji centralnej i regionów zleceń, które nie pozostają w związku z wykonywaniem uprawnień i obowiązków władzy publicznej, ale które są jej zlecane wyłącznie dlatego, że jest ona do ich dyspozycji jako służba techniczna, podczas gdy przedsiębiorstwa prywatne wykonują również takie zamówienia na zwykłych warunkach rynkowych⁶.

25. W dniu 23 lutego 1996 r. Asemfo wniosło do krajowego organu ochrony konkurencji skargę przeciwko Tragsie, domagając się stwierdzenia, że nadużywa ona pozycji dominującej na hiszpańskim rynku robót budowlanych, usług i przedsięwzięć leśnych ze względu między innymi na nieprzestrzeganie przez udzielające jej zamówień podmioty publiczne procedur przetargowych określonych w ustawie nr 13/1995 o zamówieniach publicznych, wymienionej w pkt 15 powyżej.

Ogół przepisów ustawowych i administracyjnych regulujących działalność Tragsy pozwala, w sposób wyraźny oraz w sposób dorozumiany, prowadzić jej działalność

Zdaniem Asemfo, szczególny status Tragsy pozwala tej spółce na wykonywanie znacznej liczby czynności na bezpośrednie zlecenie organów administracji centralnej lub regionalnej bez ogłaszania uprzednio przetargów. Sytuacja taka eliminuje wolną konkurencję na dotkniętych tym rynkach usług i robót budowlanych w sektorze rolnictwa i leśnictwa w Hiszpanii.

6 — Tragsa i rząd hiszpański podnoszą, że prawo zabrania Tragsie uczestniczenia w przetargach ogłaszanych przez administrację centralną i regiony w celu udzielenia zamówień publicznych. Natomiast może brać udział w przetargach na zamówienia publiczne ogłaszane przez instytucje publiczne inne niż administracja centralna i regiony.

26. Decyzją właściwego organu ds. ochrony konkurencji z dnia 16 października 1997 r. skarga została odrzucona ze względu na to, że Tragsa jest „własną jednostką wykonawczą” administracji, która nie posiada niezależnej mocy decyzyjnej i jest zobowiązana do wykonywania zleczonych jej robót. Chodzi więc o stosunki pomiędzy instancją wydającą polecenia i jednostką, która je otrzymuje w ramach samych władz publicznych. Z uwagi na to, że Tragsa działa poza rynkiem, jej działalność nie podlega prawu konkurencji.

27. Decyzja ta została zaskarżona przez Asemfo do Tribunal de Defensa de la Competencia. Wyrokiem z dnia 30 marca 1998 r. oddalił on skargę, opierając się na tych samych motywach co organ, którego decyzja została zaskarżona. Podkreślił, że działania prowadzone przez Tragsę na polecenie właściwych organów powinny być traktowane jako prowadzone przez samą administrację i że zatem jedynie gdyby spółka ta działała w sposób niezależny, mogłoby zachodzić naruszenie prawa konkurencji.

28. Asemfo wniosło na ten wyrok skargę do izby sędow-administracyjnej Audiencia Nacional, który to sąd utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji wyrokiem z dnia 26 września 2001 r.

29. Asemfo odwołało się w trybie kasacji od tego wyroku do Tribunal Supremo,

utrzymując, że Tragsa jako przedsiębiorstwo publiczne nie może być uważana za „własną jednostkę wykonawczą” administracji, to znaczy własną służbę wykonawczą tejże, która nie podlega wspólnotowym regułom udzielania zamówień publicznych. Podniosło również, że reżim prawny Tragsy, określony w szczególności w art. 88 ustawy 66/1997, nie jest zgodny z prawem wspólnotowym.

30. Tribunal Supremo powziął wątpliwości w zakresie zgodności reżimu prawnego Tragsy z prawem wspólnotowym.

31. W tych okolicznościach Tribunal Supremo postanowił zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy na podstawie art. 86 ust. 1 WE dopuszczalne jest, by państwo członkowskie Unii Europejskiej ex lege objęło przedsiębiorstwo publiczne reżimem prawnym pozwalającym mu na realizację robót publicznych z pominięciem ogólnego systemu udzielania

zamówień publicznych w drodze przetargu, jeżeli nie zachodzi nagle sytuacja lub nie wchodzi w grę szczególny interes publiczny, zarówno poniżej, jak i powyżej progu wartości ustalonego w tym względzie w dyrektywach europejskich?

A — *Postępowanie przed Trybunałem*

32. Asemfo, Tragsa, rząd hiszpański, rząd litewski i Komisja Wspólnot Europejskich przedstawiły uwagi na piśmie. Tragsa, rząd hiszpański i Komisja uściśliły swoje stanowisko na rozprawie w dniu 15 czerwca 2006 r.

- 2) Czy taki reżim prawny jest zgodny z dyrektywą Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r., dyrektywą Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r., dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. i dyrektywą Komisji 2001/78/WE, zmieniającą poprzednie dyrektywy, która to dyrektywa została niedawno zmieniona dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.?

IV — *Ocena*

A — *Uwagi wstępne*

33. Tragsa, rząd hiszpański i Komisja podniosły, z różnym stopniem nacisku, wątpliwości co do dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym skierowanego do Trybunału.

- 3) Czy do Tragsy i jej spółek zależnych znajdują w każdym razie zastosowanie stwierdzenia zawarte w wyroku Trybunału z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie C-349/97 Królestwo Hiszpanii przeciwko Komisji, przy uwzględnieniu orzecznictwa Trybunału w dziedzinie zamówień publicznych oraz faktu, że administracja powierza Tragsie wiele robót nieobjętych w związku z tym regułami wolnej konkurencji, a także że okoliczność ta może powodować znaczące zakłócenia na właściwym rynku?."

34. Z uwagi na złożoność okoliczności faktycznych oraz krajowych ram prawnych uważam, że możliwe będzie dokonanie w optymalnych warunkach oceny podniesionych wątpliwości dotyczących zasadności i konieczności zadania pytań w celu rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu przed sądem krajowym w świetle orzecznictwa Trybunału jedynie wówczas, kiedy dokonamy oceny istoty tych pytań.

35. W związku z powyższym analizy dopuszczalności wniosku dokonam dopiero na końcu mojej opinii.

36. Wszystkie strony, które przedstawiły uwagi na piśmie i które stawiały się na rozprawie, powoływały się na bogate orzecznictwo, które Trybunał poświęcił stosowaniu prawa wspólnotowego do udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane⁷ oraz do przydzielania koncesji przez władze publiczne⁸ w przypadkach, w których lokalna instytucja zamawiająca sprawowała nad osobą prawną, której udzielono zamówienia, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i gdy ta prowadziła zasadniczą część swojej działalności na rzecz sprawującego nad nią kontrolę organu lub organów władzy⁹.

37. Jak słusznie podniosła Komisja podczas rozprawy, orzecznictwo to powstało w związku z przypadkami, w których instytucje zamawiające, na podstawie umów

o charakterze odpłatnym, udzielały pewnych zamówień na dostawy towarów czy usług osobom prawnym, nad którymi sprawowały kontrolę w węższym lub szerszym stopniu, i które prowadziły działalność w przeważającej lub znaczącej części na rzecz tych instytucji.

38. Stosunki faktyczne i prawne leżące u podstaw niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym różnią się jednak pod dwoma względami od okoliczności, które znajdowały się u podstaw orzecznictwa wymienionego w przypisie 7.

Hiszpańskie władze centralne i regiony działają jako zleceniodawcy Tragsy w ramach stosunków ściśle zależności hierarchicznej, ponieważ Tragsa nie ma prawa odmówić wykonania zadań, które są jej zlecone przez właściwe organy, zobowiązana jest dostosować się ściśle do przekazanych jej przez te organy instrukcji i specyfikacji i otrzymuje za wykonanie tych zadań wynagrodzenie obliczone w oparciu o system cen określony rozporządzeniem. W gruncie rzeczy, nawet jeśli jej osobowość prawna podlega częściowo prawu prywatnemu, a częściowo prawu publicznemu, Tragsa powinna być uznana za własną jednostkę wykonawczą hiszpańskiej administracji centralnej oraz regionów. W tym przypadku brak jest stosunków umownych, które łączą organ zamawiający z osobą prawną będącą wyko-

7 — W szczególności wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121; z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1; z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. str. I-9705 oraz z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. str. I-4137.

8 — W szczególności należy wspomnieć o wyrokach z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8585 oraz z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. str. I-3303.

9 — W punkcie 48 wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, ww. w przypisie 7, Trybunał wyraźnie stwierdził, że uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych nie stosuje się do ciężących na władzy publicznej wykonywanych w interesie publicznym zadań, które ta władza wypełnia własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym i innym.

nawcą, które były zawsze obecne w przypadkach, w których Trybunał wydał wspomniane wyżej orzeczenia¹⁰.

Chociaż obecnie Tragsa rzeczywiście wykonuje większość prowadzonej przez siebie działalności, zaspokajając potrzeby regionów, byłoby jednak zbyt pochopnym stwierdzenie, że jest kontrolowana przez te organy administracji regionalnej. Jak przedstawiłem to powyżej, jej status wynikający z prawa publicznego jest w całości lub niemalże w całości określony przez centralnego ustawodawcę hiszpańskiego, podczas gdy tylko cztery z siedemnastu regionów autonomicznych mają symboliczne udziały w Tragsie, które stanowią łącznie poniżej 1% całości jej kapitału zakładowego. Jeżeli można z tego wywodzić, że jako jednostka wykonawcza Tragsa rzeczywiście służy realizacji zadań regionów, nic nie pozwala na wysunięcie dalej idącego twierdzenia, że jest przez nie kontrolowana¹¹.

39. Z powyżej przedstawionych różnic wynika, że odpowiedzi na pytania prejudycjalne nie mogą zostać wywiedzione wyłącznie z wyżej powołanego orzecznictwa Trybunału, bez żadnej innej analizy, co oczywiście nie oznacza, że nie można w nim znaleźć, przez analogię, solidnego punktu zaczepienia dla rozstrzygnięcia prawnego, które należało będzie przyjąć.

40. W następnej części opinii przeanalizuję przede wszystkim, bardzo ogólnie, ewentualne kwestie z zakresu prawa wspólnotowego, które mogą pojawić się w kontekście organizacji stosunków prawnych takich jak ten, który leży u podstawy sporu toczącego się przed sądem krajowym.

41. Następnie opierając się w takim stopniu, w jakim jest to możliwe, na orzecznictwie Trybunału powołanym w przypisach 7 i 8, postaram się określić, w jakim kierunku powinny iść poszukiwania odpowiedzi na zadane pytania prejudycjalne.

42. Ze szczególną uwagą przeanalizuję znaczenie, jakiego w kontekście tych pytań nabiera art. 86 ust. 1 WE.

43. Na końcu na krótko powrócę do kwestii dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

B — *Organizacja stosunków prawnych*

44. Jak wskazałem w pkt 38 powyżej, Tragsa powinna być uznana za „własną

10 — Zobacz poprzedni przypis.

11 — Zobacz w szczególności pkt 4–9 i 13 powyżej.

jednostkę wykonawczą”, czyli własną służbę wykonawczą hiszpańskiej administracji centralnej oraz, ewentualnie, regionów. Ta własna jednostka wykonawcza zarówno z powodu jej statusu prawnego, jak i struktury jej kapitału — ponad 99% udziałów w kapitale Tragsy należy bezpośrednio lub pośrednio do hiszpańskiej administracji centralnej — powinna być uznana za jednostkę całkowicie przez nią kontrolowaną.

45. Jak można to wywieść z ustawowego opisu jej zadań, praktycznie całość działań prowadzonych przez Tragsę dotyczy prac związanych z poprawą struktury rolnej i leśnej w Hiszpanii lub z eksploatacją zasobów rybołówstwa i akwakultury. Z biegiem czasu do wspomnianych działań doszły prace z zakresu ochrony środowiska i zachowania dziedzictwa naturalnego i kulturowego w środowisku wiejskim.

46. Oprócz tych „zwyczajnych” działań Tragsa pełni dodatkowo funkcje wsparcia lub rezerwy i może być wezwana do działania w warunkach nadzwyczajnych, takich jak powódzie lub podobne klęski żywiołowe. Może również brać udział w realizacji pewnych aspektów wspólnej polityki rolnej, jak wynika z wyroku Trybunału z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji¹².

47. W ogromnej większości działania te należy uznać za roboty materialnie prowadzone w ramach wykonywania zadań w interesie publicznym w dziedzinie rozwoju struktury rolnej, w szerokim znaczeniu tego pojęcia, jak również w dziedzinie jakości środowiska wiejskiego.

48. Z charakteru tych działań oraz celów leżących w interesie publicznym, jakie są dzięki nim realizowane, wynika, że mogą one być wykonywane zarówno przez służby własne władzy publicznej, jak i przez osoby prawne działające pod kontrolą publiczną, które uzyskały status podmiotów niezależnych w mniejszym lub większym zakresie, lub przez jednostki prawa prywatnego działające na rachunek władz odpowiedzialnych za ich realizację.

49. W zasadzie państwa mogą swobodnie wybrać sposób, w jaki realizują działania, za które ponoszą odpowiedzialność publiczną, ale we wspomnianym orzecznictwie Trybunał orzekł, że władze publiczne mogą udzielać zamówień „służbom własnym” lub przyznawać im koncesje bez procedury przetargowej wyłącznie na ściśle określonych warunkach.

50. Jak wynika z pkt 48 wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, Trybunał stwierdził, że nie stosuje się uregulowań

12 — Wyrok w sprawie C-349/97, Rec. str. I-3851.

wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych w przypadku, kiedy organ władzy publicznej, który jest jednocześnie instytucją zamawiającą, ma możliwość wypełniania ciężących na nim zadań w interesie publicznym własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jego służb. Trybunał orzekł, że w takim przypadku nie powstaje kwestia umowy o charakterze odpłatnym zawieranej z jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym.

51. Wydaje się, że stosunki pomiędzy hiszpańskimi władzami centralnymi a Tragsą posiadają cechy właściwe wyżej przedstawionej sytuacji. Kwestia ustalenia, czy z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku stosunków pomiędzy regionami i Tragsą, co jako rzecz oczywistą zdają się zakładać rząd hiszpański i Tragsa, wymaga co najmniej przeprowadzenia głębszej analizy. Czy Tragsa może bowiem być uznana za „własną” służbę techniczną lub administracyjną regionów, w sytuacji gdy regiony nie mogą wykonywać w stosunku do tej „jednostki wykonawczej” żadnej kontroli określonej w przepisach krajowych ani też nie mogą wywodzić takich uprawnień z faktu bycia akcjonariuszem tej „jednostki wykonawczej”¹³?

52. Niezależnie od odpowiedzi, jaka zostanie udzielona na to pytanie, powinna ona być

analizowana w świetle kryteriów ustalonych w pierwotnym prawie wspólnotowym, a w szczególności art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak należy moim zdaniem wnosić z ostatnich wyroków w sprawie Coname i w sprawie Parking Brixen¹⁴.

53. Jednakże zanim dokonam analizy odpowiedzi, jakiej należy udzielić na pytanie, czy regiony hiszpańskie jako zleceniodawcy Tragsy rzeczywiście kontrolują tę osobę prawną, muszę ustalić, jakie jest ewentualne znaczenie takiej odpowiedzi w świetle art. 12 WE, 43 WE, 49 WE i ewentualnie art. 86 WE.

54. Jak wynika z moich rozważań przedstawionych w pkt 47 powyżej, roboty materialne, jaka Tragsa wykonuje na rachunek hiszpańskiej administracji centralnej, nie obejmują w przeważającej większości działań, poprzez które państwo hiszpańskie wykonywałoby swoje prerogatywy władzy publicznej. Fakt, że działania te wiążą się z celami zarządzania publicznego i realizacją zadań publicznych, nie odróżnia ich zasadniczo od działań, jakie osoby prywatne realizowałyby na rachunek władz publicznych, wykonując roboty w zakresie infrastruktury.

13 — Od początku do końca rozprawy Komisja milczała na ten temat, pomimo niedawnego wyroku Trybunału w sprawie Parking Brixen, powołanego w przypisie 8, oraz wyroku w sprawie Carbotermo, powołanego w przypisie 7.

14 — Chociaż w tych sprawach chodziło o przyznanie koncesji przez władze publiczne, a kwestia ta nie jest uregulowana przez wtórne prawo wspólnotowe, stoję na stanowisku, że do tej sprawy ma również zastosowanie zasada potwierdzona przez te wyroki, to znaczy że w przypadku kiedy stosunek prawny nie jest regulowany wtórnym prawem wspólnotowym, może on być analizowany w świetle pierwotnego prawa wspólnotowego.

55. Ponadto z powyższego wynika, że art. 45 zdanie pierwsze WE w związku z art. 55 WE nie ma zastosowania do tych działań¹⁵. Dlatego w zakresie, w jakim wtórne prawo wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych nie stosuje się do nich, działania Tragsy należy rozpatrywać w świetle art. 43 WE i 49 WE oraz ewentualnie art. 86 WE¹⁶.

56. Należy teraz zastanowić się, czy fakt, że regiony hiszpańskie mogą „zlecić” wykonanie znaczącej części robót materialnych w zakresie poprawy struktury rolnej w szerokim znaczeniu tego słowa organowi wykonawczemu hiszpańskiej administracji centralnej, ma rzeczywisty, czy potencjalny wpływ na swobodę przedsiębiorczości i swobodny przepływ usług we Wspólnocie¹⁷.

57. Odpowiedź na to pytanie jest oczywiście twierdząca, ponieważ ten typ organizacji

administracji pociąga za sobą sytuację, w której znacząca część działań, których realizacja mogłaby zostać zlecona przedsiębiorstwu prywatnym, jest zastrzeżona dla Tragsy jako jednostki wykonawczej administracji centralnej, co powoduje, że maleją możliwości wejścia na rynek przedsiębiorstw prywatnych pochodzących z innych państw członkowskich, które mogłyby być nim zainteresowane.

58. Fakt, że chodzi o zadania, jakie organ — region — zleca jednostce wykonawczej, to jest Tragsie, będącej jednostką innego organu, to jest hiszpańskiej administracji centralnej, oraz że ta operacja nie posiada żadnej z cech umowy o charakterze odpłatnym, nie zmienia w niczym faktu, że z punktu widzenia gospodarczego taka konstrukcja administracyjna pociąga za sobą skutki tożsame ze skutkami operacji, w której pierwszy organ zleca na podstawie umów o charakterze odpłatnym wykonanie zadań osobie prawnej kontrolowanej przez inny organ.

15 — Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że ten wyjątek podlega wykładni zawężającej w tym sensie, że powinien być ograniczony do działalności, która sama w sobie stanowi bezpośredni i szczególny udział w wykonywaniu prerogatyw władzy publicznej. Zobacz podobnie wyrok z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 Reyners, Rec. str. 631, zawsze później podtrzymywany, w szczególności wyrokiem z dnia 31 maja 2001 r. w sprawie C-283/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-4363, pkt 20.

16 — Zobacz w tym przedmiocie wyroki w sprawie Coname, Parking Brixen i ANAV, powołane w przypisie 8.

17 — Ze skrótego przedstawienia hiszpańskiego ustawodawstwa obowiązującego w tym zakresie, a w szczególności z pkt 13 można wywieść, że wykorzystanie Tragsy jako „własnej” jednostki wykonawczej przez regiony nie jest obowiązkowe. Przy założeniu, że z taką sytuacją mamy do czynienia, jeszcze trudniej byłoby określić Tragsę mianem „własnej jednostki wykonawczej” regionów, ponieważ swoboda wykorzystania organu wykonawczego innego podmiotu prawa publicznego bez zastosowania publicznej procedury przetargowej jako taka narusza reguły prawa wspólnotowego regulujące zamówienia publiczne. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy istnieje, czy też nie taka swoboda wyboru.

59. Niezależnie od tego, czy zastosowany zostanie pierwszy, czy drugi model, rynek dostaw, usług oraz robót budowlanych pozostaje rynkiem, na którym nie działa konkurencja, z wszystkimi rzeczywistymi i potencjalnymi skutkami, jakie mogą wynikać z tej sytuacji dla swobodnego przepływu towarów i usług oraz dla swobody przedsiębiorczości na wspólnym rynku. Z tego powodu obydwa te modele powinny, w miarę możliwości, być poddane analizie w świetle zastosowania tych samych kryteriów.

60. Należy przede wszystkim sprawdzić, czy instytucja zamawiająca kontroluje rzeczywistość osobę prawną lub służbę, której udzielone jest zamówienie, niezależnie od faktu, czy udzielone jest ono na podstawie umowy o charakterze odpłatnym, czy na innych zasadach.

61. Zarówno w swoich uwagach na piśmie, jak w uwagach ustnych przedstawionych podczas rozprawy Tragsa oraz rząd hiszpański podkreślały fakt, że Tragsa jest „własną jednostką wykonawczą” hiszpańskiej administracji centralnej i regionów. Pomimo takiego stanowiska Tragsa jest czymś więcej niż tylko zwykłą jednostką wykonawczą dla państwa hiszpańskiego oraz regionów. Występuje ona również jako oferent w stosunku do gmin, innych podmiotów publicznych czy klientów prywatnych. Wówczas, starając się o uzyskanie zamówienia, działa na rynku w konkurencji z innymi podmiotami gospodarczymi.

62. Część obrotów uzyskanych przez Tragsę na podstawie takich umów w stosunku do jej obrotów całkowitych jest zmienna. W pkt 34 swoich uwag na piśmie Komisja ocenia, że stanowi ona 7–8,5%, ale w pkt 96 swoich uwag na piśmie Tragsa podaje inne dane, które nie pokrywają się z danymi Komisji, ponieważ obroty dwóch spółek zależnych ujęte są osobno. Niezależnie od powyższego dane podane przez Komisję i informacje przekazane przez Tragsę przedstawiają ogólnie ten sam rząd wielkości.

63. Jest mało prawdopodobne, by wyłącznie na podstawie tych danych liczbowych, bez żadnej innej analizy udało się stwierdzić, że Tragsa wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz organu, który ją kontroluje, jak to utrzymywały rząd hiszpański i sama Tragsa.

64. Po pierwsze, w oparciu o dane liczbowe, które dotyczą ograniczonej liczby lat, niemożliwe jest stwierdzenie, czy część robót wykonanych na zasadach konkurencji, nie na zlecenie hiszpańskiej administracji centralnej i regionów, ale dla innych instytucji publicznych oraz dla klientów indywidualnych, pozostanie mniejsza od 10% jej całkowitych obrotów. W każdym razie przepisy ustawowe i administracyjne mające zastosowanie do Tragsy nie zawierają żadnego uregulowania, które ograniczałoby wielkość robót, które Tragsa może wykonać na zamówienie innych jednostek publicznych oraz klientów prywatnych.

65. Po drugie, należy oczywiście zbadać, jaka instancja kontroluje Tragsę. Przy założeniu, że chodzi wyłącznie o hiszpańską administrację centralną, dla której Tragsa wykonuje działania odpowiadające około 30% jej obrotów, trudno byłoby uznać, że wykonuje większość działań na potrzeby organu, który nią zarządza.

66. Hybrydowy charakter osobowości prawnej Tragsy pociąga za sobą jeszcze jedną

komplikację, istotną z prawnego punktu widzenia.

67. W sytuacji kiedy osoba prawna wykonuje większość swoich działań jako „własna” jednostka wykonawcza jednego lub kilku organów publicznych, a mniejszą ich część na zasadach konkurencji na rzecz innych organów władzy publicznej i klientów prywatnych, należy zbadać, w jakim charakterze działa jako ich wykonawca.

68. Czy w przypadku tej mniejszej części wykonywanej przez nią działalności Tragsa powinna być traktowana jako osoba prawna bez wątplenia o szczególnym statucie, która ponadto na zwykłych zasadach konkuruje z prywatnymi oferentami ubiegającymi się o uzyskanie zamówień od „innych” organów publicznych?

69. Czy też Tragsa pozostaje służbą wykonawczą organów publicznych, dla których wykonuje większą część prowadzonej przez siebie działalności i która, za pomocą wolnych środków, zawłaszcza dla siebie pozostałą część rynku robót w sektorze infrastruktury rolnej i ochrony środowiska?

70. To pytanie pojawia się z tym większą siłą, że status prawny Tragsy nie przewiduje wyraźnego rozdziału prawnego i księgowego pomiędzy tymi dwoma sytuacjami w zależności od charakteru, w jakim Tragsa występuje. W każdym razie darmo szukać by w tym statusie niezawodnej gwarancji uniknięcia zakłócenia konkurencji, jakie mogłoby nastąpić na pozostałym rynku na skutek hybrydowego charakteru Tragsy.

71. W taki sposób można pojmować sytuację, w której prywatne przedsiębiorstwa zainteresowane tymi rodzajami zamówień, jakie realizuje Tragsa, które natrafiają na niemożliwą do pokonania przeszkodę, kiedy Tragsa działa na rachunek hiszpańskiej administracji centralnej i regionów, zostałyby ponadto wykluczone z pozostałych części rynku (który tworzą zamówienia innych organów administracji publicznej i klienci prywatni) z tego powodu, że Tragsa pojawia się w tym segmencie rynku jako konkurent znajdujący się w korzystniejszej sytuacji wyjściowej, mogącej wynikać z faktu, że na tym szerokim zamkniętym rynku zadań zleconych przez administrację centralną i przez regiony jest ona o ile nie jedynym kandydatem, to bez wątplenia kandydatem uprzywilejowanym.

72. Drugie kryterium, które zostało ustalone przez Trybunał w wyroku w sprawie Teckal, zgodnie z którym osoba prawna, koncesjonariusz lub odpowiednia niezależna służba wykonawcza wykonują większą część swojej działalności na rzecz organu publicznego, który jego lub ją kontroluje, samo w sobie nie jest wystarczające, by zapobiec rzeczywistej

lub potencjalnej przeszkodzie w swobodnym przepływie towarów i usług oraz w swobodzie przedsiębiorczości ani by przeszkodzić ewentualnemu zakłóceniu konkurencji. Powrócę do tego punktu w dalszej części opinii.

73. Ponadto pojawia się kwestia dotycząca przepisów art. 152 i 194 jednolitego tekstu ustawy o zamówieniach publicznych¹⁸.

74. Zgodnie z tymi przepisami, administracja może wykonywać roboty budowlane za pomocą własnych służb i zasobów ludzkich lub rzeczowych. Kiedy administracja dysponuje własnymi odpowiednimi środkami rzeczowymi oraz personelem, powinna zwykle je wykorzystywać, aby wykonać roboty zgodnie ze swoimi potrzebami. Kiedy wybiera ten rodzaj wykonawstwa, może skorzystać ze współpracy prywatnych przedsiębiorstw, pod warunkiem że wartość robót jest mniejsza niż 5 923 624 EUR.

75. Przepisy te nie wymagają, by roboty czy towary mające być wykonane lub wytworzone były określone w opisie ustawowym zadań spoczywających na określonych służbach wykonawczych i instytucjach.

18 — Artykuły cytowane w pkt 15 powyżej.

76. Oczywiście do właściwości właściwego sądu krajowego należy dokonanie wykładni oraz zastosowanie tych przepisów krajowych. Tym niemniej zdaje się, że przepisy te tworzą dla hiszpańskich organów administracyjnych uprawnienia i obowiązki, które mogą być sprzeczne z prawem wspólnotowym¹⁹.

77. Zdaje się bowiem, że właściwe przepisy prawa hiszpańskiego umożliwiają nałożenie, a nawet co do zasady nakładają na poszczególne hiszpańskie organy administracji obowiązek²⁰ wykorzystania mocy wykonawczych, którymi dysponują ich jednostki wykonawcze, do wykonania robót lub świadczenia usług w innych celach niż wyłącznie realizacja ustawowych zadań spoczywających na tych służbach.

78. W przypadku zamówień, których wartość nie przekracza określonego ustawowo progu, służby te mogą ponadto wykonywać je przy współpracy prywatnych przedsiębiorstw.

19 — Na str. 12 i 13 postanowienia odsyłającego Tribunal Supremo wyraża jednoznacznie swoje wątpliwości w tej kwestii. „Wydaje się również, że jest niezgodny z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego fakt, iż na mocy kolejnych ustaw o zamówieniach publicznych administracja może, przez spółkę publiczną kwalifikowaną pod względem prawnym jako własna jednostka wykonawcza, wykonywać bezpośrednio pewną liczbę zamówień i w ten sposób konkurencja na określonym rynku zostaje ostatecznie zakłócona”.

20 — Z art. 152 i 194 hiszpańskiej ustawy o zamówieniach publicznych wynika, że ustawodawca krajowy co najmniej zakładał, że instytucja zamawiająca wykorzysta wolne moce swoich służb wykonawczych: „[...] w takich przypadkach powinien być to normalnie stosowany sposób wykonania robót”. Oczywiście dokonanie dogłębnej wykładni tego przepisu spoczywa na sądzie krajowym.

79. Nie ma potrzeby dokonywać dalej posuniętej wykładni rozpatrywanych przepisów krajowych, aby stwierdzić, że pozwalają one na szeroką ochronę, a nawet na zamknięcie całych segmentów państwowego sektora zamówień publicznych. Zależać to będzie tylko od wolnych mocy określonych służb wykonawczych. Zwiększając ich moce, poprawiając wyposażenie lub jakość ich personelu, administracja może w stosunkowo prosty sposób zapewnić wyłączność na rzecz swoich służb wykonawczych w znaczących segmentach sektora zamówień publicznych.

80. Fakt, że przy realizacji takich zamówień mogą współpracować z prywatnymi przedsiębiorstwami bez konieczności wcześniejszego ogłoszenia przetargu, kiedy wartość zamówień nie przekracza określonego progu, przyczynia się tylko do zwiększenia tego ryzyka.

81. Fakt, że art. 88 ust. 5 ustawy nr 66/1997 zakazuje Tragsie składania ofert w przetargach ogłoszonych przez hiszpańską administrację centralną i przez regiony, w żadnym razie nie ogranicza ryzyka, jakie wiąże się ze stosowaniem art. 152 i 194 hiszpańskiej ustawy. Przepisy te mają bowiem na celu zagwarantowanie, aby zamówienia publiczne nie były przedmiotem żadnych przetargów publicznych, kiedy mogą być zrealizowane przez służby wykonawcze administracji.

82. Podsumowując, należy stwierdzić, że w przypadku rozpatrywanych tutaj przepisów prawa hiszpańskiego pojawiają się poważne kwestie ich zgodności z dyrektywami wspólnotowymi dotyczącymi zamówień publicznych w zakresie, w jakim zobowiązują one administrację do nieobejmowania zamówień publicznych procedurami przetargowymi nawet w sytuacji, kiedy żaden interes publiczny nie przemawia za przyjęciem takiego rozwiązania. Ponadto zapewniamy one uprzywilejowaną pozycję własnym służbom wykonawczym administracji, które mogą być uwzględniane przy realizacji zamówień publicznych, które nie mają żadnego związku z ich zadaniami ustawowymi lub statutowymi. Chociaż stanowią one de iure środki własne administracji, de facto znajdują się na pozycji uprzywilejowanych podmiotów na rynku. Narzuca się w sposób oczywisty pytanie, czy taki model organizacyjny jest zgodny z zasadą ustanowioną w art. 86 ust. 1 WE, która zabrania stosowania podobnych form dyskryminacji²¹.

83. Ponadto należy zadać jeszcze jedno pytanie, ściślej związane z okolicznościami stanu prawnego i faktycznego, które leżą u podstaw niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Należy ustalić, czy zwykła możliwość, że na mocy art. 152 ustawy hiszpańskiej Tragsie zostanie zlecone wykonanie robót i świadczenie usług niewchodzących w zakres zadań określonych ustawą, pozbawiona jest skutków, czy też to przedsiębiorstwo publiczne może jeszcze spełnić wszystkie przesłanki drugiego kryterium ustanowionego wyrokiem w sprawie Teckal, to znaczy, że dostarcza większość

21 — W celu uzyskania szczegółów na ten temat zob. pkt 117–122 niniejszej opinii.

wykonywanych przez siebie usług organowi władzy publicznej, który je kontroluje.

zamawiającą ma możliwość wypełniania ciężących na nim zadań w interesie publicznym własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jego służb. W takim przypadku nie powstaje kwestia umowy o charakterze odpłatnym zawieranej z jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym. Nie stosuje się zatem uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych.

C — Odpowiedzi na pytania

Pierwsze i drugie pytanie

84. Jak już wcześniej wyjaśniłem w pkt 38 i 44 w kwestii okoliczności faktycznych i prawnych leżących u podstaw sporu toczącego się przed sądem krajowym, zamówienia, których instytucja zamawiająca udziela odrębnej osobie prawnej, którą kontroluje „jako własną służbę”, nie są wynikiem umów o charakterze odpłatnym. Nawet jeżeli Tragsa posiada odrębną osobowość prawną, musi być traktowana jako „własna służba”, jak to absolutnie jednoznacznie wynika z odpowiednich hiszpańskich przepisów ustawowych.

85. W wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau²² Trybunał wyraźnie orzekł, że organ władzy publicznej będący instytucją

86. Moim zdaniem, ze statusu prawnego Tragsy wynika, że powinna być traktowana jako „własna służba” lub w każdym razie jako służba wykonawcza hiszpańskiej administracji centralnej. W zakresie, w jakim wykonuje zamówienia, które są jej zlecane przez hiszpańską administrację centralną zgodnie z ustawowym opisem jej zadań, nie stosuje się do niej uregulowań wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych.

87. Z wyroków, które Trybunał wydał w sprawach Coname²³ oraz Parking Brixen²⁴, wywodzę, że kiedy do stosunku pomiędzy instytucją zamawiającą a osobą prawną, która jest jej własną służbą wykonawczą, nie stosuje się uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych, stosunek ten podlega jednak ogólnym

22 — Powołany w przypisie 7, pkt 48.

23 — Powołany w przypisie 8, pkt 16.

24 — Powołany w przypisie 8, pkt 61 i 62.

postanowieniom traktatu, a w szczególności postanowieniom dotyczącym podstawowych reguł swobodnego przepływu i konkurencji.

należy również sprawdzić, czy można powołać się w tej sprawie na kryteria z wyroku w sprawie Teckal. Skontrolowanie ich oraz zbadanie okoliczności prawnych i faktycznych działania Tragsy spoczywa na sądzie krajowym. W tym celu Trybunał może podać mu niezbędne informacje, mogące pomóc mu w rozstrzygnięciu sporu co do istoty.

88. O ile prawdą jest, że nie stosuje się uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych w sytuacji, kiedy administracja wypełnia ciężące na niej zadania w interesie publicznym własnymi służbami administracyjnymi i technicznymi, bez zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb, pod warunkiem że organ władzy publicznej kontroluje te służby w taki sam sposób jak swoje pozostałe służby wewnętrzne oraz że służby te wykonują zasadniczą część swojej działalności na rzecz organu władzy publicznej, który je kontroluje, niemniej jednak te dwie przesłanki — które przyjęło się określać kryteriami z wyroku w sprawie Teckal — są odstępstwem od zasad ogólnych prawa wspólnotowego i z tego powodu podlegają wykładni zawężającej, a na osobie, która pragnie się na nie powołać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo²⁵.

90. Przy bliższym przyjrzeniu się tej kwestii nie wydaje się, by można było mieć wątpliwości, że stosunek łączący Tragsę z hiszpańskimi władzami centralnymi i regionami spełnia pierwsze kryterium określone w wyroku w sprawie Teckal.

Wszystkie udziały w kapitale Tragsy należą bezpośrednio lub pośrednio do państwa hiszpańskiego i regionów, nawet jeśli tylko cztery regiony są jej akcjonariuszami, a łącznie posiadane przez nie udziały w kapitale są symboliczne.

89. Z powyższych motywów wyroku w sprawie Parking Brixen, nieco sparafrazowanych, wynika, że w przypadku Tragsy

Ponadto jedynym wnioskiem, jaki można wyciągnąć z przepisów prawnych, w ramach których Tragsa działa jako służba wykonawcza działająca na rzecz strukturalnej polityki rolnej w szerokim znaczeniu tego słowa, prowadzonej przez hiszpańską administrację centralną i regiony, jest moim zdaniem to, że działa ona w charakterze „własnej jednostki wykonawczej” określonego organu władzy

25 — Zobacz w szczególności wyroki w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, powołany w przypisie 7, pkt 46 i w sprawie Parking Brixen, powołany w przypisie 8, pkt 63 i 65.

publicznej. W tej kwestii odsyłam w szczególności do opisu ram prawnych, który przedstawiłem w pkt 4–9 niniejszej opinii.

91. W swoim nowszym orzecznictwie Trybunał doprecyzował pierwsze kryterium określone w wyroku w sprawie Teckal i orzekł, że w celu dokonania oceny, czy instytucja zamawiająca „sprawuje kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami”, należy zbadać, czy sprawowana kontrola pozwala instytucji zamawiającej na „wywierani[e] decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje [tej spółki]”²⁶.

92. Rozwinięte w ten sposób kryterium stosuje się nie tylko do stosunków pomiędzy administracją publiczną a jej „własną” służbą wykonawczą, ale również do przypadków, kiedy szereg organów administracji publicznej, skupionych lub nie w stowarzyszeniu utworzonym w celu podjęcia współpracy, posiada wspólną służbę wykonawczą²⁷.

26 — Zobacz wyroki w sprawie Parking Brixen, powołany w przypisie 8, pkt 65 i w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, powołany w przypisie 7, pkt 36.

27 — W wyroku w sprawie Coname, powołanym w przypisie 8, chodziło o taką osobę prawną obejmującą wiele organów administracji (Padania), podobnie jak w przypadku wyroku w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, powołanym w przypisie 7. Zarówno wyrok w sprawie Coname [tamże], gdzie udział w wysokości 0,97% został uznany za niewystarczający jako obiektywny motyw uzasadnienia, jak i wyrok w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, gdzie uprawnienia kontrolne, które podmiot publiczny wykonywał w stosunku do członków zarządu określonych osób prawnych, zostały uznane za niewystarczające, by można było mówić o „wywieraniu[ui] decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje określonych osób prawnych”, wskazując, że należy zastosować zarówno kryteria ilościowe, jak i jakościowe.

93. Nie jest sytuacją wyjątkową, że w celu realizacji pewnych zadań w interesie publicznym, takich jak oczyszczanie ścieków, kilka podmiotów publicznych tworzy stowarzyszenie w celu podjęcia współpracy, zarządzające wspólną służbą wykonawczą. Kiedy taka wspólna służba posiada odrębną osobowość prawną, określone jednostki, jako jej akcjonariusze oraz poprzez swoich przedstawicieli w organach kierowniczych tej osoby prawnej, mogą wywierać decydujący wpływ na jej cele strategiczne²⁸.

94. W sytuacji, w której służba wykonawcza uznana jest za „środek własny” podmiotów publicznych, które łączy umowa o współpracy, na drodze analogicznego zastosowania warunków, jakie spełniać musi kontrola nad „wspólną” osobą prawną, której nadano status podmiotu odrębnego w celu wykonywania zadań w interesie publicznym, wymagane jest, by kontrola była zorganizowana w taki sposób, aby zagwarantować wszystkim zainteresowanym podmiotom publicznym możliwość wywierania „wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje”.

95. Jeżeli bowiem nie mają możliwości wywierania wpływu na strategię i na

28 — Umowy prawa publicznego, które regiony zawarły z Tragsą, o których wspomniałem w pkt 13, a których tekst Komisja załączyła do swoich uwag na piśmie, nie pozwalają stwierdzić, że regiony wywierają decydujący wpływ na Tragsę. Ostatecznych ustaleń w tej kwestii powinien jednak dokonać sąd krajowy.

politykę wspólnej służby, którą dysponują jako własnym środkiem, podmioty publiczne nie mogą tym bardziej ponosić odpowiedzialności za jej działania. To samo dotyczy ich odpowiedzialności w zakresie przestrzegania prawa wspólnotowego.

96. Zresztą Komisja słusznie stwierdza, że sytuacje, w których kilka podmiotów publicznych ustanawia służbę wykonawczą, która z punktu widzenia możliwości wywierania na nią wpływu zorganizowana jest jako „służba własna” tylko jednego z nich, mogą być przedmiotem nadużyć. Na przykład w przypadku wykonania robót lub świadczenia usług, które w normalnych warunkach byłyby przedmiotem przetargu, organ administracji może skorzystać z „własnej” służby wykonawczej innego organu administracji lub być wezwany, aby to uczynił. Jak już wyjaśniłem to w pkt 57–59, skutkiem takiej praktyki może być sytuacja, w której do znaczących segmentów rynku nie będzie stosowane wspólnotowe prawo pierwotne i wtórne, regulujące procedury udzielania zamówień.

97. Powyższe rozważania prowadzą mnie do pośredniego wniosku, że kiedy służba wykonawcza działa jako „środek własny” kilku organów administracji publicznej, status prawny mający do niej zastosowanie

powinien zagwarantować wszystkim tym organom możliwość wywierania rzeczywistego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i ważne decyzje tego „środka własnego”. Ten status prawny powinien ponadto precyzyjnie określać zadania publiczne, w związku z którymi organy te mogą powierzać zadania wspólnej służbie wykonawczej działającej jako ich „środek własny”.

To doprecyzowanie jest konieczne, aby na ile jest to możliwe, ograniczyć ryzyko nadużyć, o którym wspomniałem w poprzednim punkcie²⁹.

98. Z moich rozważań przedstawionych w pkt 4–9 wynika, że status prawny Tragsy w całości lub praktycznie w całości określają ustawy i przepisy wykonawcze hiszpańskich władz centralnych. Z taką sytuacją mamy w szczególności do czynienia w przypadku cen stosowanych do robót realizowanych przez Tragsę na rzecz administracji centralnej i regionów, które są ustalone przez władze centralne, i odpowiedzialności w ramach ich kompetencji. Natomiast w statucie tym nie ma śladu bezpośredniego wpływu regionów. Jeżeli prawdą jest, jak podkreśliły to Tragsa i rząd hiszpański, że regiony mogą wywierać swój wpływ poprzez zamówienia, taka kontrola, jaką sprawowałyby nad określeniem i wykonaniem robót i poszczególnych

29 — Konieczność precyzyjnego i enumeratywnego określenia zadań i uprawnień wspólnego organu wykonawczego odnosi się również do drugiego kryterium określonego w wyroku w sprawie Teckal. Zobacz pkt 112–116 i 117–121 poniżej.

projektów — kontrola właściwa dla każdego zadania, które podmiot publiczny powierza własnej służbie lub zewnętrznej osobie prawnej — nie jest kontrolą, o jakiej myśli Trybunał, mówiąc o wywieraniu „decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje” w tym przypadku „własnej” służby wykonawczej.

99. Dodatkowo należy jeszcze przypomnieć, że brak wpływu ze strony regionów na treść i przyjęcie statutu Tragsy nie jest w żadnej mierze skompensowany wpływem, jakie mogłyby one wywierać jako akcjonariusze tej osoby prawnej z tego powodu, że jak to już powiedziałem, tylko zdecydowana ich mniejszość nabyła udziały w kapitale tej spółki, a wszystkie te udziały łącznie stanowią zaledwie symboliczną część kapitału.

100. Fakt, że przepisy prawne regulujące działalność Tragsy nie określają w sposób jasny i enumeratywny dziedzin, w których regiony mogą powierzać zadania Tragsie — w tej kwestii należy uwzględnić reżim ogólny, jakim podlegają zamówienia publiczne w Hiszpanii, który omówiłem w pkt 73–83 — wskazuje ponadto, że Tragsa nie może być uznana za wspólną służbę wykonawczą realizującą zadania i świadczącą usługi w interesie

publicznym, wymienione enumeratywnie. Powyżej opisałem już ryzyko, jakie stwarza taka sytuacja.

101. Z powyższych powodów dochodzę do wniosku, że Tragsa w zakresie, w jakim działa w ramach statusu prawnego, który ma do niej zastosowanie, nie może być uznana za „środek własny” regionów, ponieważ nie mają one możliwości sprawowania jakiegokolwiek kontroli nad decyzjami strategicznymi i innymi ważnymi decyzjami tej osoby prawnej.

102. Z faktu, że Tragsa nie może być uznana za środek własny regionów, wynika, że regiony ponoszą winę za niezgodne z prawem zachowania, kiedy powierzają jej zadania bez stosowania ogólnej procedury udzielania zamówień publicznych.

103. W zasadzie sytuacja jest inna w przypadku zadań, które hiszpańska administracja centralna powierza Tragsie, ponieważ, przeciwnie, może ona być uznana za środek własny tych organów centralnych.

104. Z rozważań, jakie przedstawiłem w pkt 61–65 wynika, że ramy prawne,

w których działa Tragsa, nie spełniają przesłanek drugiego kryterium określonego w wyroku w sprawie Teckal.

kiedy działalność tego przedsiębiorstwa nakierowana jest głównie na ten podmiot, a wszelka inna działalność jest wyłącznie marginalna.

105. W wyroku w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei³⁰ Trybunał orzekł, że wymóg, zgodnie z którym osoba prawna, nad którą podmiot publiczny sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, musi wykonywać swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującego ją podmiotu lub podmiotów, ma na celu między innymi unikanie zakłócania konkurencji.

108. Tymczasem, jak stwierdziłem to w pkt 61–65 powyżej, działalność, którą Tragsa wykonywała na rzecz podmiotów publicznych innych niż hiszpańska administracja centralna i regiony oraz na rzecz osób prywatnych, stanowiła przez ostatnie trzy lata 7–8,5% wysokości jej obrotów całkowitych, a jej status prawny w żaden sposób nie ogranicza wielkości tego typu działalności.

106. Wyłącznie wówczas, kiedy kontrolowana osoba prawna wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie wyłącznie na rzecz podmiotu lub podmiotów publicznych, które sprawują nad nią kontrolę, może być uzasadnione niezastosowanie bezwzględnie obowiązujących przepisów dyrektyw o zamówieniach publicznych, których celem jest ochrona konkurencji, ponieważ w podobnej sytuacji w każdym razie nie ma konkurencji.

109. Ponadto jeżeli Trybunał zechce przyjąć moje stanowisko i uznać, że regiony nie mogą być uznane za organy władzy publicznej sprawujące kontrolę nad Tragsą, wynikać z tego będzie, że przesłanka, zgodnie z którą działalność w przeważającym zakresie musi być wykonywana na rzecz podmiotu publicznego, który sprawuje nad nią kontrolę, nie będzie spełniona, ponieważ działalność, którą Tragsa wykonuje na rzecz regionów, przedstawia ponad 50% jej obrotów.

107. Z powyższego wynika, że w rozumieniu wyroku w sprawie Teckal określona osoba prawna może być uznana za wykonującą swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz podmiotu publicznego, który sprawuje nad nią kontrolę, jedynie wówczas,

110. Jak Trybunał podkreślił ostatnio w wyroku w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei³¹, należy konieczne wymagać, by

30 — Powołany w przypisie 7, pkt 58–63.

31 — Powołany w przypisie 7.

działalność w przeważającym zakresie była wykonywana na rzecz podmiotu publicznego, który sprawuje kontrolę nad odrębnym podmiotem, aby uniknąć zakłócenia konkurencji. Chociaż ten warunek jest konieczny, nie jest wystarczający.

111. Chociaż Tragsa wykonywałaby swoją działalność w absolutnie przeważającym zakresie na rzecz podmiotów publicznych, które ją kontrolują, niemniej jednak wykonując pozostałą działalność, i tak byłaby ona w stanie spowodować poważne zakłócenie konkurencji w niektórych segmentach rynku. Jak to już bowiem wyjaśniłem w pkt 66–72 powyżej, tak długo jak na poziomie organizacji tej służby wykonawczej nie będzie wyraźnego rozgraniczenia w zakresie finansów lub księgowości i zasobów rzeczowych i ludzkich oraz absolutnie szczelnej granicy pomiędzy jej działalnością dodatkową i działalnością, jaką wykonuje jako służba wykonawcza jednego lub kilku podmiotów publicznych, Tragsa będzie miała możliwość wykorzystywania korzyści płynących z jej statusu przedsiębiorstwa publicznego, konkurując z innymi podmiotami w segmentach rynku, które pozostają otwarte.

112. W związku z powyższym dokładniejszego zbadania w świetle przepisów art. 86 ust. 1 WE wymaga hybrydowy charakter Tragsy, która częściowo prowadzi działalność jako wewnętrzna jednostka wykonawcza organu lub organów publicznych, które sprawują nad nią kontrolę, a częściowo działając jako osoba prawna konkurująca z innymi podmiotami o udzielenie zamówień publicznych przez inne organy publiczne takie jak

gminy lub starająca się uzyskać zamówienia od osób prywatnych lub przedsiębiorstw.

113. Zgodnie z tym postanowieniem państwa członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami traktatu, w szczególności z normami przewidzianymi w art. 12 oraz 81–89 WE.

114. Tymczasem jeżeli „własna” wewnętrzna służba wykonawcza podmiotu publicznego występuje w otwartych segmentach rynku w sytuacji, w której uprzednio nie zostały przyjęte przejrzyste i ostateczne normy uniemożliwiające jej skorzystanie z ewentualnych korzyści finansowych, jakie wynikają dla niej z faktu, że wykonuje działalność w przeważającym zakresie jako jednostka wykonawcza podmiotu publicznego, wówczas gdy konkuruje z innymi podmiotami w otwartych segmentach rynku, nie są spełnione warunki wyraźnie określone w art. 86 ust. 1 WE.

115. Brak takich norm jest niezgodny w szczególności z art. 43 i 49 WE, ponieważ własne służby wykonawcze, które prowadzą działalność dodatkową na otwartych rynkach krajowych, utrudniają dostęp do rynków krajowych, które mogłyby być dostępne dla

kandydatów pochodzących z innych państw członkowskich³².

116. Uwzględniając zakaz pomocy państwa, ryzyko, które wynika z braku przejrzystych relacji finansowych lub księgowych z jednej strony pomiędzy państwem lub innymi podmiotami publicznymi a z drugiej strony przedsiębiorstwami publicznymi, spowodowało, że w przeszłości Komisja przyjęła przepisy na podstawie art. 86 ust. 3 WE³³.

Ryzyko jest co najmniej równie poważne w okolicznościach prawnych i faktycznych leżących u podstaw sporu toczącego się przed sądem krajowym. Brak w reżimie prawnym, jakim objęta jest Tragsa, jakiegokolwiek wyraźnej gwarancji zapobiegającej wszelkim otwartym lub zawoalowanym formom krzyżowego finansowania pomiędzy rodzajami działalności prowadzonymi przez to przedsiębiorstwo w jego podwójnym charakterze jako własnej służby wykonawczej administracji oraz podmiotu gospodarczego działającego w otwartych segmentach rynku jest sprzeczne z przepisami art. 86 ust. 1 w związku z art. 87 WE i 88 WE.

117. W pkt 78–83 powyżej dokładnie przeanalizowałem ryzyko, jakie z przepisów

art. 152 i 194 hiszpańskiej ustawy ogólnej o zamówieniach publicznych wynika dla należytego funkcjonowania mechanizmów prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych, jak również dla wykonywania praw podstawowych w zakresie swobody przepływu oraz dla konkurencji na wspólnym rynku.

118. Ryzyko polega na tym, że w sytuacji kiedy służby wykonawcze jako „środki własne” lub jako odrębne osoby prawne, całkowicie kontrolowane przez podmioty publiczne będące instytucjami zamawiającymi, mogą uzyskać zamówienia publiczne na usługi lub roboty budowlane, lub na produkcję towarów, udzielone im przez organy administracji, które są za nie odpowiedzialne, nawet wówczas, gdy te zamówienia nie mają nic wspólnego z ich uprawnieniami czy sektorem ich działania określonymi ustawą lub ich reżimem administracyjno-prawnym lub prywatnoprawnym, tylko dlatego że służby te są do dyspozycji tych organów administracji, skuteczność (effet utile) dyrektyw wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych w szerokim zakresie mogłaby zostać pozbawiona treści. W przypadkach, do których te dyrektywy nie mają zastosowania, mogą pojawić się poważne przeszkody w swobodnym przepływie towarów i usług pomiędzy państwami członkowskimi, jak również w swobodzie przedsiębiorczości, a konkurencja może zostać poważnie zakłócona pomiędzy z jednej strony tymi służbami wykonawczymi lub osobami prawnymi kontrolowanymi przez organy administracji, a z drugiej strony przedsiębiorstwami prywatnymi działającymi na właściwych rynkach. Odstępstwo jest możliwe tylko wówczas, kiedy nadrzędne wymagania porządku publicznego pozwalają uzasadnić przyznanie zamówienia bezpośrednio własnej służbie wykonawczej nawet

32 — W wyroku w sprawie Coname, wyżej powołanym w przypisie 8, Trybunał stwierdził, nawet biorąc pod uwagę, że okoliczności faktyczne sprawy były nieco odmiennie, że brak niezbędnej przejrzystości może prowadzić do utrudnień w swobodzie przepływu usług i swobodzie przedsiębiorczości.

33 — Zobacz dyrektywę Komisji nr 80/723/EWG z dnia 25 czerwca 1980 r. dotyczącą przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi (Dz.U. L 195, str. 35), wielokrotnie następnie uzupełnianą i zmienianą.

wówczas, kiedy zamówienia te nie są związane z jej zadaniami określonymi w ustawie czy statucie. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia na przykład w przypadku katastrof naturalnych lub podobnych nadzwyczajnych okoliczności, które mogą wymagać natychmiastowego użycia wszelkich środków, jakimi dysponuje administracja.

administracyjnych czy statutowych i w ten sposób naruszają przepisy art. 86 ust. 1 WE.

Pytanie trzecie

119. Trybunał, określając drugie kryterium w wyroku w sprawie Teckal, starał się uniknąć właśnie tych skutków. W celu zapewnienia jego skuteczności kryterium to należy interpretować jako zabraniające również udzielania zamówień „własnym” służbom wykonawczym lub osobom prawnym kontrolowanym przez organy administracji, jeżeli zamówienia te nie wchodzą w zakres uprawnień określonych ustawą, przepisami administracyjnymi lub ich statutem.

120. Ponadto wydaje mi się, że sąd krajowy słusznie wyraził wątpliwości co do zgodności przepisów art. 152 i 194 hiszpańskiej ustawy o zamówieniach publicznych ze wspólnotowym prawem konkurencji.

121. Bez wątplenia takie przepisy zapewniają uprzywilejowaną pozycję własnym służbom wykonawczym administracji lub osobom prawnym kontrolowanym przez administrację przy udzielaniu zamówień publicznych wówczas, kiedy działają one jako podmioty gospodarcze na rynku niezależnie od ich uprawnień ustawowych,

122. Tribunal Supremo wyraźnie zadał trzecie pytanie w celu uzyskania wyjaśnienia, czy wyrok, który Trybunał wydał w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji³⁴, może mieć wpływ na ocenę pozycji prawnej Tragsy przy udzielaniu zamówień publicznych.

123. W tym wyroku Trybunał orzekł, że takie przedsiębiorstwo jak Tragsa, które niezależnie od jego odrębności finansowej i księgowej jest całkowicie podporządkowane kontroli państwa hiszpańskiego, należy traktować jako służbę własną administracji hiszpańskiej w rozumieniu art. 3 ust. 5 akapit pierwszy rozporządzenia Rady (WE) nr 154/75 z dnia 21 stycznia 1975 r. w sprawie ustanowienia rejestru upraw oliwek w państwach członkowskich produkujących oliwę z oliwek (Dz.U. L 19, s. 1).

124. Jak słusznie podniosła Komisja, ta ocena Trybunału dotyczy działalności, którą Tragsa prowadziła na rachunek państwa

34 — Powołany w przypisie 12.

hiszpańskiego, kiedy ustanowiony został rejestr upraw oliwek.

125. Rządowi hiszpańskiemu, który podniósł, że Tragsie jako odrębnej osobie prawnej udzielone zostało zamówienie objęte klauzulą tajności, ponieważ ustanowienie tego rejestru upraw oliwek wymagało zachowania szczególnej dyskrecji, Trybunał odpowiedział, że Tragsę należy traktować jako własną służbę wykonawczą należącą do administracji publicznej, a zasady ustanowione w wyrokach w sprawie Teckal³⁵ i ARGE³⁶ co do zasady mają do niej zastosowanie. Trybunał dodał, że takie rozstrzygnięcie znajduje poparcie w art. 88 ust. 4 ustawy nr 66/1997³⁷, który stanowi, że Tragsa jest własną jednostką wykonawczą i służbą techniczną administracji, która jest zobowiązana do wykonywania, z wyłączeniem wszelkich osób trzecich, samodzielnie lub poprzez spółki zależne, robót powierzonych przez administrację centralną, regiony autonomiczne oraz zależne od nich instytucje publiczne³⁸.

126. Przy okazji chcę przypomnieć, że w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji chodziło przede wszystkim o ustalenie, czy Królestwo Hiszpanii miało prawo powierzyć ustanowienie rejestru upraw oliwek Tragsie, bez wcześniejszego ogłoszenia przetargu.

127. W tej sprawie Trybunał nie musiał badać kwestii takich, jakie pojawiają się w niniejszej sprawie. Z tego powodu jedyny wniosek, jaki można wyciągnąć w tego wyroku, jest taki, że Tragsa jako służba wykonawcza administracji w dziedzinie strukturalnej polityki rolnej w szerokim znaczeniu tego słowa powinna być uznana za środek własny hiszpańskiej administracji centralnej. Wniosek ten jest zresztą zbieżny z wnioskiem, jaki przedstawiłem w pkt 103.

D — *W przedmiocie dopuszczalności*

128. W trakcie badania dwóch pierwszych pytań zadanych przez Tribunal Supremo okazało się, że zarówno status prawny, pod jakim Tragsa prowadzi również działania na rzecz regionów jako ich „środek własny”, jak i uprawnienia tej osoby prawnej do wykonywania robót na rzecz innych podmiotów publicznych za pośrednictwem administracji centralnej i regionów jak też na rzecz osób i przedsiębiorstw prywatnych i same normy ustalone w art. 152 i 194 aktualnie obowiązującej hiszpańskiej ustawy są kwestionowane w zakresie zgodności zarówno statusu i uprawnień Tragsy, jak i samych norm prawnych z kryteriami, które Trybunał określił w pkt 50 wyroku w sprawie Teckal.

129. Ta niezgodność pociąga za sobą skutki prawne w zakresie stosowania dyrektyw wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych na usługi i roboty budowlane.

35 — Wielokrotnie powoływany.

36 — Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. str. I-11037, pkt 40.

37 — Ustawa, której treść została przedstawiona w pkt 5 powyżej.

38 — Wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, powołany w przypisie 12, pkt 204–206.

Ponadto może pociągać za sobą niezgodność z art. 43 WE, 49 WE i 86 WE.

130. Zarzut sformułowany wyraźnie powyżej pojawia się *implicite* w postanowieniu odsyłającym, w którym Tribunal Supremo wyraża swoje wątpliwości.

131. Ten zarzut sformułowany *implicite* nabiera oczywistego charakteru w tym, co Tribunal Supremo przedstawia w punkcie „po czwarte” swojego postanowienia odsyłającego.

132. Nie mam żadnych wątpliwości, że odpowiedź, jakiej Trybunał udzieli na zadane mu pytania prejudycjalne w świetle zastrzeżeń sformułowanych w tym miejscu przez sąd krajowy, dostarczy temu sądowi elementów, na których będzie mógł się oprzeć, przyjmując rozstrzygnięcie w toczącym się przed nim sporze.

133. Tragsa i rząd hiszpański podniosły również, że kwestie prawne podniesione przez sąd krajowy w postanowieniu odsyłającym nie są „nowe” i zadane pytania nie przyczynią się do wyjaśnienia wątpliwości na etapie postępowania kasacyjnego, a więc mają czysto hipotetyczny charakter i w związku z tym są niedopuszczalne. Ich argumenty w żaden sposób nie są przekonujące.

134. Po pierwsze, Trybunał zwykle wykazuje olbrzymią powściągliwość przy dokonywaniu oceny funkcji i użyteczności pytań, które sąd krajowy kieruje do niego w celu rozstrzygnięcia toczącego się przed nim sporu. Trybunał orzeka ich niedopuszczalność wyłącznie wówczas, kiedy są wyraźnie hipotetyczne³⁹.

135. Przebieg postępowania w różnych instancjach administracyjnych i sądowych w Hiszpanii potwierdza, że zawsze chodziło o ustalenie, czy reżim prawny, jakim objęta jest Tragsa, jest zgodny z zasadami krajowego prawa konkurencji. Fakt, że Tribunal Supremo zbadał również jego zgodność z zasadami prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i konkurencji, sam w sobie pozbawia pytania, które wynikły z tego badania, czysto hipotetycznego charakteru.

136. Pytanie, czy prawo hiszpańskie pozwala Tribunal Supremo na taki krok w postępowaniu zawisłym przed nim, jest pytaniem, na które powinien i może on sam odpowiedzieć jako najwyższa krajowa instancja sądowa w tej sprawie⁴⁰.

39 — Zobacz w szczególności wyroki z dnia 16 grudnia 1981 r. w sprawie 244/80 Foglia, Rec. str. 3045, pkt 18; z dnia 12 marca 1998 r. w sprawie C-314/96 Djabala, Rec. str. I-1149, pkt 18 i z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01 Inspire Art, Rec. str. I-10155, pkt 44 i 45.

40 — Pytania prejudycjalne mogą być uznane za niedopuszczalne wyłącznie wówczas, kiedy z badania okoliczności faktycznych leżących u podstaw sporu toczącego się przed sądem krajowym i przepisów prawa krajowego mających do nich zastosowanie wynika jasno, że odpowiedź, której Trybunał udzieli na zadane mu pytania, nie może przyczynić się do rozstrzygnięcia sporu. Zobacz w szczególności wyroki z dnia 16 września 1982 r. w sprawie T-132/81 Vlaeminck, Rec. str. 2953, pkt 13 i 14 oraz ostatnio z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens i ARGE Telecom, Rec. str. I-2549, pkt 37.

137. Komisja podnosi, że okoliczności stanu faktycznego oraz ramy prawne są przedstawione w postanowieniu odsyłającym w sposób zbyt ogólny, ale ja nie podzielam jej stanowiska również w tej kwestii. Jak wykazałem powyżej, postanowienie odsyłające sądu krajowego dostarcza wystarczających danych do dokonania pogłębionej analizy pytań skierowanych do Trybunału.
138. Wobec powyższego stwierdzam, że pytania skierowane przez Tribunal Supremo są dopuszczalne.

V — Wnioski

139. Uwzględniając powyżej przedstawione rozważania, proponuję Trybunałowi, by udzielił następujących odpowiedzi na pytania prejudycjalne skierowane do niego przez Tribunal Supremo:

- „1) Dyrektywy wspólnotowe odnoszące się do zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane w zasadzie nie mają zastosowania do osoby prawnej prawa prywatnego takiej jak Empresa de Transformación Agraria (Tragsa), która zgodnie z reżimem prawnym, jakiemu podlega, powinna być uznana za »środek własny« administracji, zobowiązany do realizacji zadań zleczanych jej przez właściwe podmioty publiczne bez zawierania umowy o charakterze odpłatnym.
- 2) Normy prawa krajowego mające zastosowanie w tym zakresie muszą gwarantować, że właściwe podmioty krajowe sprawują kontrolę nad określoną osobą

prawną w takim zakresie, że wywierają decydujący wpływ na jej strategiczne cele i ważne decyzje, a jednocześnie zasadnicza część działalności tej osoby prawnej musi być wykonywana na rzecz podmiotów publicznych, które sprawują nad nią kontrolę w takim zakresie, że każda inna działalność jest działalnością marginalną.

- 3) Warunek, zgodnie z którym właściwe podmioty publiczne muszą mieć możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje tej osoby prawnej, nie jest spełniony wówczas, kiedy służby publiczne, które wykorzystują tę osobę prawną jako służbę wykonawczą, nie mają żadnego bezpośredniego wpływu na kształt jej reżimu prawnego ani na ceny, które może zastosować przy fakturowaniu wykonanej działalności, i dodatkowo, kiedy jako akcjonariusze tej osoby prawnej nie mogą wywierać żadnego decydującego wpływu na jej decyzje.

- 4) Warunek, zgodnie z którym osoba prawna musi wykonywać zasadniczą część działalności na rzecz podmiotów publicznych, które sprawują nad nią kontrolę, nie jest spełniony, kiedy reżim prawny, którym jest objęta, nie ogranicza wielkości pozostałej prowadzonej przez nią działalności w taki sposób, by była ona marginalna.

- 5) Ponadto z reguł ustanowionych w art. 86 ust. 1 WE wynika, że osoba prawna, która dla zasadniczej części wykonywanej przez siebie działalności działa jako służba wykonawcza właściwych podmiotów publicznych, musi rozgraniczać, zarówno organizacyjnie, jak i w zakresie finansów i księgowości, z zachowaniem pełnej przejrzystości, działalność, którą wykonuje na rzecz innych podmiotów publicznych i prywatnych, od działalności, którą wykonuje jako własna służba wykonawcza właściwych podmiotów publicznych.

- 6) Ponadto z tego samego przepisu traktatu WE wynika, że krajowe organy administracji nie mogą udzielić osobie prawnej działającej jako ich własna służba wykonawcza zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane, kiedy te zamówienia nie pozostają w żadnym związku z ciężącymi na nich zadaniami publicznymi lub kiedy wykonanie tych zamówień nie wchodzi w zakres przedmiotu działalności określonego w ustawie dla danej osoby prawnej. Odstępstwo od tej reguły jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku, kiedy takie zamówienie uzasadnione jest okolicznościami obiektywnymi, takimi jak katastrofy naturalne lub podobne wyjątkowe okoliczności.
- 7) Do sądu krajowego należy zbadanie, czy te przesłanki są spełnione w przypadku okoliczności faktycznych i prawnych sporu zawisłego przed sądem krajowym”.