



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 18 kwietnia 2013 r.¹

Sprawa C-115/12 P

**Republika Francuska
przeciwko**

Komisji Europejskiej

Odwołanie — Fundusz strukturalny — Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego (EFRR) — Unijna interwencja strukturalna w regionie Martynika we Francji — Zmniejszenie wkładu finansowego — Artykuł 2 dyrektywy 93/37/EWG — Zamówienia publiczne — Koordynacja procedur udzielania zamówień na roboty budowlane — Bezpośrednie subwencjonowanie zamówienia na roboty budowlane udzielonego przez podmiot prywatny — Obiekty sportowe, rekreacyjne i wypoczynkowe — Roboty w zakresie renowacji i powiększenia ośrodka hotelarskiego prowadzonego przez podmiot prywatny

I – Wprowadzenie

1. W jakich okolicznościach roboty budowlane podmiotów prywatnych, które w znacznym zakresie są dotowane lub wspierane przez władzę publiczną, muszą być poddawane procedurze przetargowej zgodnie z europejskim prawem zamówień publicznych? O zajęcie stanowiska w tej kwestii prawnej zwrócono się do Trybunału w niniejszym postępowaniu odwoławczym, które dotyczy wykorzystania pieniędzy z europejskiego funduszu strukturalnego.
2. Przyczyną sporu są prywatne roboty budowlane z 2003 r. we francuskim regionie Martynika, w ramach których miał zostać odnowiony i powiększony ośrodek wypoczynkowy prowadzony przez prywatną spółkę. Te roboty budowlane były finansowane w ponad 50% przez władze publiczne, w szczególności również ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR).
3. Gdy okazało się, że wspomniane roboty budowlane zostały wykonane bez uprzedniego przeprowadzenia procedury przetargowej w rozumieniu europejskiego prawa zamówień publicznych, Komisja Europejska zdecydowała w dniu 28 lipca 2010 r. decyzją C(2010) 5229 o cofnięciu finansowego wkładu EFRR w ten projekt² (zwaną dalej „sporną decyzją”). Powołała się ona przy tym na zasadę, zgodnie z którą wsparcie z europejskiego funduszu strukturalnego może zostać przyznane wyłącznie dla przedsięwzięć, które są zgodne z politykami wspólnotowymi, w szczególności w sektorze zamówień publicznych. Od tego czasu Francja i Komisja toczą spór o to, czy prawo zamówień publicznych rzeczywiście wymaga przeprowadzenia procedury przetargowej w związku z robotami budowlanymi w zakresie renowacji i powiększenia owego prywatnego ośrodka wypoczynkowego.

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Decyzja C(2010) 5229 Komisji Europejskiej z dnia 28 lipca 2010 r. sprawie cofnięcia części wkładu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR) z tytułu jednolitego dokumentu programowania celu nr 1 na rzecz wspólnotowej interwencji strukturalnej w regionie Martynika we Francji.

4. Decydujące znaczenie ma w tym kontekście to, czy ten ośrodek wypoczynkowy może zostać zaliczony do kategorii „obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych” w rozumieniu prawa zamówień publicznych. Przepisy prawa zamówień publicznych muszą być bowiem stosowane w szczególności w odniesieniu do takich obiektów nawet wtedy, jeśli zamówienie na jego budowę jest udzielane przez podmioty prywatne, pod warunkiem że dane roboty budowlane są subwencjonowane przez władze publiczne bezpośrednio w ponad 50%.

5. Ponadto powstaje pytanie, czy również ulgi podatkowe mogą zostać uznane za bezpośrednie subwencjonowanie w rozumieniu tych przepisów.

II – Ramy prawne

6. Ramy niniejszej sprawy w zakresie prawa Unii wyznacza dyrektywa 93/37/EWG³. Jej art. 2 był sformułowany w następujący sposób⁴:

„1. Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki celem zapewnienia, że instytucje zamawiające stosują lub zapewniają stosowanie niniejszej dyrektywy, w przypadku gdy subsydują one bezpośrednio ponad 50% zamówienia na roboty budowlane, udzielanego przez podmiot inny niż one same.

2. Ustęp 1 dotyczy wyłącznie zamówień objętych klasą 50, grupą 502 statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (NACE), a także zamówień dotyczących robót budowlanych w zakresie budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, budynków szkolnych i uniwersyteckich oraz budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych”.

7. Uzupełniająco należy wskazać na art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, który miał następujące brzmienie:

„Do celów stosowania niniejszej dyrektywy:

a) *Zamówieniami publicznymi na roboty budowlane* są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót budowlanych [...] albo wykonanie [...] obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”.

3 — Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54). Dyrektywa ta została w międzyczasie uchylona i zastąpiona przez dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114), którą należało przetransponować do dnia 31 stycznia 2006 r. Do niniejszej sprawy zastosowanie ma jednak jeszcze dyrektywa 93/97, której czasowy zakres zastosowania obejmuje przyznanie udziału EFRR w robotach budowlanych dotyczących renowacji i powiększenia ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers”.

4 — Zasadniczo identyczny pod względem treści przepis zawiera dziś art. 8 dyrektywy 2004/18, który oprócz zamówień na roboty budowlane nakazuje stosowanie tego uregulowania również do zamówień na usługi, aczkolwiek w obu przypadkach powyżej określonych progów finansowych.

8. Przepisy dyrektywy 93/37 znajdują zastosowanie do niniejszego przypadku poprzez odesłanie zawarte w art. 12 rozporządzenia (WE) nr 1260/1999, które ustanawia przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych⁵. Przepisy te, zatytułowane „Zgodność”, stanowią, co następuje:

„Działania finansowane przez fundusze lub otrzymujące wsparcie z EBI lub z innego instrumentu finansowego są zgodne z postanowieniami traktatu, z instrumentami przyjętymi w ramach traktatu oraz z politykami i działaniami Wspólnoty, włączając w to reguły konkurencji, udzielanie zamówień publicznych, ochronę i poprawę stanu środowiska naturalnego, zniesienie nierówności i wspieranie równości kobiet i mężczyzn”.

III – Okoliczności powstania sporu

9. Société martiniquaise des villages de vacances (zwana dalej „SMVV”) prowadzi we francuskim regionie Martynika ośrodek wypoczynkowy „Les Boucaniers” należący do Club Méditerranée. W 2003 r. SMVV postanowiła ten obiekt poddać renowacji i powiększyć. Wartość robót budowlanych została oszacowana na 49,98 mln EUR.

10. Na te roboty zostały przyznane dotacje regionu Martynika w wysokości 2,5 mln EUR, a ponadto ulgi podatkowe państwa francuskiego w wysokości 16,96 mln EUR⁶. Decyzją C(2004) 4142 z dnia 18 października 2004 r. Komisja Europejska ustaliła ze swojej strony udział finansowy EFRR w kwocie 12,46 mln EUR, co odpowiada 24,93% łącznych kosztów kwalifikowalnych.

11. Niemniej przyznanie przez Komisję środków EFRR zostało zakwestionowane przez Europejski Trybunał Obrachunkowy po kontroli przeprowadzonej w 2007 r., z uwagi na to, że w odniesieniu do robót budowlanych w zakresie renowacji i powiększenia ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers” wbrew art. 2 dyrektywy 93/37 nie została przeprowadzona procedura przetargowa, mimo że roboty te były finansowane łącznie w 63,33% z pomocą dotacji ze strony sektora publicznego.

12. Te wątpliwości Trybunału Obrachunkowego stały się przyczyną dłuższej wymiany korespondencji i doprowadziły wreszcie do tego, że Komisja zdecydowała na mocy spornej decyzji z dnia 28 lipca 2010 r. o cofnięciu w całości finansowego udziału EFRR w robotach w zakresie renowacji i powiększenia ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers”. Ponieważ te roboty budowlane były dotowane jako część jednolitego programowania na rzecz unijnych interwencji strukturalnych w regionie Martynika we Francji⁷, to orzeczenie Komisji spowodowało z technicznego punktu widzenia odpowiednie zmniejszenie całkowitej wielkości unijnych interwencji strukturalnych w tym regionie.

13. Wniesiona w dniu 11 października 2010 r. na sporną decyzję skarga o stwierdzenie nieważności nie została uwzględniona w pierwszej instancji. W wyroku z dnia 16 grudnia 2011 r.⁸ (zwanym dalej również „zaskarżonym wyrokiem”) Sąd oddalił skargę Francji jako bezzasadną i obciążył Francję kosztami postępowania.

5 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 1260/1999 z dnia 21 czerwca 1999 r. ustanawiające przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych (Dz.U. L 161, s. 1).

6 — Te ulgi podatkowe są oparte na art. 199 undecies B I Code général des impôts (francuskiego powszechnej ordynacji podatkowej).

7 — Decyzją C(2000) 3493 z dnia 21 grudnia 2000 r. Komisja zatwierdziła na lata 2000–2006 wkład EFRR z tytułu jednolitego dokumentu programowania celu nr 1 na rzecz wspólnotowej interwencji strukturalnej w regionie Martynika we Francji w wysokości do 17,15 mln EUR.

8 — Wyrok Sądu z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie T-488/10 Francja przeciwko Komisji.

IV – Postępowanie przed Trybunałem

14. Pismem z dnia 1 marca 2012 r. Republika Francuska złożyła niniejsze odwołanie od wyroku Sądu. Wnosi ona do Trybunału o:

- uchylenie w całości wyroku Sądu Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie T-488/10 Francja przeciwko Komisji oraz
- wydanie ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie poprzez stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2010) 5229 z dnia 28 lipca 2010 r. lub też odesłanie sprawy do rozstrzygnięcia przez Sąd.

15. Komisja wnosi ze swojej strony o:

- uznanie części drugiej zarzutu pierwszego i części pierwszej zarzutu trzeciego za niedopuszczalne, zaś posiłkowo za bezzasadne, oraz oddalenie odwołania i
- obciążenie wnoszącej odwołanie kosztami postępowania.

16. Postępowanie w sprawie odwołania toczyło się przed Trybunałem w formie pisemnej oraz w dniu 11 marca 2013 r. ustnie.

V – Ocena odwołania

17. W odwołaniu Francja kwestionuje wyrok Trybunału za pomocą łącznie trzech zarzutów, które dotyczą z jednej strony pojęcia bezpośredniego subwencjonowania oraz pojęcia obiektu sportowego, rekreacyjnego i wypoczynkowego w rozumieniu art. 2 dyrektywy 93/97 (zarzuty pierwszy i trzeci), a z drugiej strony przeinaczenia okoliczności faktycznych i niedopuszczalnego poprawienia uzasadnienia spornej decyzji (zarzut drugi). Poniżej zbadam najpierw zarzut drugi, zanim zajmę się zarzutami pierwszym i trzecim.

A – Zarzut drugi: zarzut przeinaczenia spornej decyzji i poprawienia jej uzasadnienia

18. W zarzucie drugim Francja krytykuje pkt 43 zdanie drugie zaskarżonego wyroku. W tym fragmencie wyroku Sąd stwierdza, że Komisja wzięła ogółem pod uwagę przeznaczenie ośrodka wypoczynkowego, gdy badała w spornej decyzji roboty w zakresie kompletnej renowacji ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers”⁹.

19. Francja zarzuca Sądowi przeinaczenie spornej decyzji w tym punkcie i poprawienie jej uzasadnienia. Francja uważa, że Komisja w spornej decyzji właśnie nie uwzględniła ogółem przeznaczenia ośrodka wypoczynkowego, lecz wyłącznie charakter przeprowadzonych robót. Francja odnosi się przy tym w szczególności do motywów 31 i 32 spornej decyzji.

⁹ — W języku postępowania pkt 43 zaskarżonego wyroku ma następujące brzmienie: „Il convient de rappeler que, afin d'examiner si les marchés de travaux en cause portaient sur des travaux de bâtiment relatifs aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37, il y a lieu de se baser sur la vocation d'ensemble du club Les Boucaniers et non sur les travaux entrepris. À cet égard, il convient de relever que, en examinant, dans la décision attaquée, le projet consistant en une rénovation complète du club Les Boucaniers, la Commission a analysé l'applicabilité de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37 en ce sens”.

20. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sąd unijny nie może w ramach skargi o stwierdzenie nieważności w żadnym przypadku zastępować uzasadnienia autora zaskarżonego aktu swoim własnym uzasadnieniem¹⁰. Podobnie nie może przeinaczać treści zaskarżonego aktu¹¹.

21. Co do istoty zarzut przeinaczenia spornej decyzji i zarzut poprawienia uzasadnienia tej decyzji dotyczą tej samej kwestii. Sądowi zarzuca się, że „dointerpretował” do spornej decyzji coś, co nie jest tam zawarte. Te dwa zarzuty mogą być więc poddane wspólnej ocenie.

22. Mnie wydaje się, że Komisja nie wyraziła się w spornej decyzji szczególnie jasno. Prawdą jest, że w motywach 31 i 32 tej decyzji są na pierwszym planie poszczególne roboty budowlane w zakresie renowacji i powiększania ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers”. Słusznie zwróciła na to uwagę Francja. Jednocześnie jest jednak również w spornej decyzji mowa o tym, że w przypadku tych robót chodzi o „jednolite roboty” lub o „łączne roboty” (motywy 28 i 31 spornej decyzji).

23. W tych okolicznościach nie jest wykluczone, że poza charakterem przeprowadzonych robót Komisja, dokonując rozstrzygnięcia, dokonała również ogółem oceny przeznaczenia ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers”. Przynajmniej pod tym względem sporna decyzja jest otwarta dla interpretacji, dlatego też Sądowi w związku z jego interpretacją nie można ostatecznie zarzucać przeinaczenia decyzji¹², podobnie jak poprawienia uzasadnienia decyzji.

24. Wobec tego zarzut drugi należy oddalić.

B – Zarzut pierwszy: pojęcie bezpośredniego subwencjonowania w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37

25. W zarzucie pierwszym Francja podnosi, że Sąd nie wziął pod uwagę pojęcia bezpośredniego subwencjonowania w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37.

26. Przyczyną tego zarzutu jest to, że przyznane przez państwo francuskie wsparcie dla renowacji i powiększenia ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers” nie stanowi dotacji w pieniądzu, lecz ulgi podatkowe, które ponadto – zdaniem Francji – nie zostały przyznane spółce Club Méditerranée jako właścicielowi ośrodka wypoczynkowego czy też SMVV jako inwestorowi, lecz osobom fizycznym, które jako wspólnicy prywatnej société en nom collectif¹³ zainwestowały w te roboty budowlane¹⁴.

27. Francja kwestionuje, by ulgi podatkowe mogły zostać uznane za „bezpośrednie subwencjonowanie” w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37/EWG, z jednej strony z tego względu, że nie mają charakteru subwencji, a z drugiej strony z tego względu, że nie powodują bezpośredniego subwencjonowania. Wskazane jest rozpoczęcie oceny od ostatniego aspektu.

10 — Wyroki: z dnia 27 stycznia 2000 r. w sprawie C-164/98 P DIR International Film i in. przeciwko Komisji („DIR”), Rec. s. I-447, pkt 38, 49; z dnia 1 czerwca 2006 r. w sprawach połączonych C-442/03 P i C-471/03 P P&O European Ferries (Vizcaya) i Diputación Foral de Vizcaya przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-4845, pkt 60, 67; z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-487/06 P British Aggregates przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10515, pkt 141; z dnia 24 stycznia 2013 r. w sprawie C-73/11 P Frucona Košice przeciwko Komisji, pkt 89.

11 — Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunał bada w postępowaniu odwoławczym, czy Sąd przeinaczył okoliczności faktyczne lub dowody (zob. przykładowo wyroki: z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-229/05 P PKK i KNK przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-439, pkt 35, 37; z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-326/05 P Industrias Químicas del Vallés przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-6557, pkt 57; z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawach połączonych C-71/09 P, C-73/09 P i C-76/09 P Comitato „Venezia vuole vivere” przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-4727, pkt 152, 153).

12 — Zobacz podobnie – w odniesieniu do dokumentu, który mógł być interpretowany w wieloraki sposób – wyrok z dnia 10 lutego 2011 r. w sprawie C-260/09 P Activision Blizzard Germany przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-419, pkt 54.

13 — Société en nom collectif (SNC) prawa francuskiego jest spółką handlową, w której wspólnicy odpowiadają osobiście całym swoim majątkiem.

14 — Komisja podkreśla natomiast, że ulgi podatkowe zostały przyznane société en nom collectif jako takiej z tytułu spornych robót budowlanych.

1. W przedmiocie „bezpośredniego” subwencjonowania (część druga zarzutu pierwszego)

28. Część druga zarzutu pierwszego dotyczy pojęcia „bezpośredniego” subwencjonowania w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37 i jest konkretnie skierowana przeciwko pkt 36 i 37 zaskarżonego wyroku. Francja uważa, że Sąd naruszył prawo, z tego względu, że uznał on ulgi podatkowe z tytułu zamówienia na roboty budowlane za bezpośrednie subwencjonowanie, mimo że ulgi te nie zostały przyznane ani inwestorowi, ani właścicielowi ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers”, lecz wspólnikom prywatnej société en nom collectif.

a) Dopuszczalność

29. Komisja uważa tę część zarzutu pierwszego za niedopuszczalną, gdyż w ten sposób, jej zdaniem, kwestionowana jest ocena okoliczności faktycznych i dowodów dokonana przez Sąd i przedstawiane są nowe argumenty, których Francja nie podniosła w pierwszej instancji.

30. Powyższy zarzut mnie nie przekonuje.

31. Zarzut Francji *nie* ma na celu sprawdzenia ustaleń faktycznych Sądu dotyczących osoby beneficjenta ulg podatkowych, zwłaszcza że takie ustalenia nie zostały w ogóle dokonane w zaskarżonym wyroku. Przeciwnie, Francja krytykuje z jednej strony wykładnię, którą Sąd nadał art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37, a z drugiej strony uznanie konkretnie przyznanej ulgi podatkowej za „bezpośrednie” subwencjonowanie. Zatem oceniana jest ostatecznie dokonana przez Sąd kwalifikacja prawna okoliczności faktycznych, a zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunał jest uprawniony do jej kontroli w postępowaniu odwoławczym¹⁵.

32. Wbrew stanowisku Komisji bez znaczenia jest również, czy Francja podniosła jakieś argumenty konkretnie w przedmiocie problematyki „bezpośredniego” subwencjonowania już w postępowaniu w pierwszej instancji. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Sąd zajmował się tą kwestią w pkt 36 i 37 zaskarżonego wyroku. Te wywoły Sądu muszą podlegać prawnej weryfikacji w postępowaniu odwoławczym. Orzecznictwo uznaje, że w postępowaniu odwoławczym Trybunał jest uprawniony do oceny prawnego rozstrzygnięcia kwestii, które były rozpatrywane w pierwszej instancji¹⁶.

33. Możliwe jest, że Francja w pierwszej instancji jeszcze nie podniosła, że brak jest bezpośredniego subwencjonowania *inwestora* lub *właściciela* ośrodka wypoczynkowego z tego względu, że ulgi podatkowe zostały przyznane prywatnym wspólnikom société en nom collectif. W tym względzie wystarczy jednak uwaga, że w toku sporu strony mogą rozwijać swoją argumentację, o ile nie zmieniają przedmiotu sporu rozpatrywanego przed Sądem¹⁷. Takiej zmiany nie należy się jednakże obawiać w żaden sposób w niniejszej sprawie, ponieważ o kwestię bezpośredniego subwencjonowania jako taką toczono już spór w pierwszej instancji.

34. W konsekwencji część druga zarzutu pierwszego jest dopuszczalna.

15 — Wyroki: z dnia 1 czerwca 1994 r. w sprawie C-136/92 P Komisja przeciwko Brazzelli Lualdi i in., Rec. s. I-1981, pkt 49; z dnia 21 września 2006 r., w sprawie C-167/04 P JCB Service przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8935, pkt 106 ; z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-440/07 P Komisja przeciwko Schneider Electric, Zb.Orz. s. I-6413, pkt 191; z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-337/09 P Rada przeciwko Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group, pkt 55.

16 — Wyżej wymieniony w przypisie 15 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Brazzelli Lualdi i in., wyroki: z dnia 11 grudnia 2008 r. w sprawie C-295/07 P Komisja przeciwko Département du Loiret, Zb.Orz. s. I-9363, pkt 95; z dnia 16 listopada 2011 r. w sprawie C-548/09 P Bank Mellé Iran przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-11381, pkt 122.

17 — Wyrok z dnia 20 października 1994 r. w sprawie C-76/93 P Scaramuzza przeciwko Komisji, Rec. s. I-5173, pkt 18, ww. w przypisie 11 wyrok w sprawie PKK i KNK przeciwko Radzie, pkt 64, wyroki: z dnia 15 kwietnia 2010 r. w sprawie C-485/08 P Gualtieri przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-3009, pkt 37; z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-322/09 P NDSHT przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-11911, pkt 41.

b) Zasadność

35. Co do istoty argumentacja Francji nie jest jednak zasadna.

36. Już brzmienie art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37 dowodzi, że istnienie „bezpośredniego subwencjonowania” nie jest zależne od tego, *jakim osobom* przyznawane jest wsparcie władzy publicznej. Przeciwnie, dla zastosowania art. 2 ust. 1 ww. dyrektywy wystarczy, że na *zamówienie na roboty budowlane* udzielane przez podmiot inny niż instytucja zamawiająca przypada ponad 50% bezpośredniego subwencjonowania ze strony jednej lub wielu instytucji zamawiających. Innymi słowy, pojęcie bezpośredniego subwencjonowania nie jest związane z osobą, lecz przedmiotem.

37. Prezentowana przez Francję szczególnie wąska interpretacja „bezpośredniego subwencjonowania” czyniłaby zbyt łatwym obejście art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37. Przykładowo instytucja zamawiająca mogłaby uchylić się od swoich zobowiązań wynikających z dyrektywy poprzez udzielenie subwencji nie inwestorowi lub właścicielowi nieruchomości budowlanej w odniesieniu do danego zamówienia na roboty budowlane, ale osobom, które są z nimi związane gospodarczo.

38. Dlatego też Sąd całkowicie słusznie wziął pod uwagę w pkt 36 i 37 zaskarżonego wyroku to, czy roboty budowlane korzystały z bezpośredniego subwencjonowania w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37, a nie przykładowo to, czy to subwencjonowanie zostało przyznane konkretnie inwestorowi bądź właścicielowi ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers”.

c) Wniosek częściowy

39. Część druga zarzutu pierwszego jest zatem dopuszczalna, lecz bezzasadna.

2. W przedmiocie „subwencjonowania” (część pierwsza zarzutu pierwszego)

40. Część pierwsza zarzutu pierwszego dotyczy pojęcia subwencjonowania w rozumieniu art. 2 ust. 1 dyrektywy 93/37 i jest skierowana szczególnie przeciwko pkt 24–35 zaskarżonego wyroku. Francja uważa, że ulgi podatkowe nie mogą zostać uznane za subwencjonowanie zgodnie z tym przepisem.

41. Pojęcie subwencjonowania nie jest bliżej definiowane w dyrektywie 93/37. Podobnie jak liczne inne nieokreślone pojęcia prawne również to pojęcie może mieć różną treść w zależności od tego, której części prawa unijnego dotyczy. Przykładowo przepisy dotyczące ochrony europejskiego rynku wewnętrznego przed przywozem towarów subsydiowanych z państw trzecich obejmują pojęciem subwencji wyraźnie również ulgi podatkowe¹⁸. Natomiast w prawie konkurencji ulgi podatkowe są wprawdzie objęte szerokim pojęciem pomocy państwa¹⁹, ale nie węższym pojęciem subwencji²⁰. To ostatnie oznacza w prawie konkurencji wyłącznie przysporzenia bezpośrednie.

42. Aby zatem wykonać art. 2 dyrektywy 93/37, należy ustalić w drodze wykładni w autonomiczny sposób, jakie znaczenie ma użyte tam pojęcie subwencjonowania.

18 — Artykuł 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 597/2009 z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie ochrony przed przywozem towarów subsydiowanych z krajów niebędących członkami Wspólnoty Europejskiej (Dz.U. L 188, s. 93).

19 — I tak już w wyroku z dnia 2 lipca 1974 r. w sprawie 173/73 Włochy przeciwko Komisji, Rec. s. 709, pkt 28, wyjaśnia się, że dany środek nie jest wyłączony z zakresu zastosowania art. 107 TFUE (dawniej art. 92 WE) wyłącznie z tego względu, że może mieć charakter podatkowy; zob. ponadto wyrok z dnia 17 listopada 2009 r. w sprawie C-169/08 Presidente del Consiglio dei Ministri, Zb.Orz. s. I-10821, pkt 58, 66.

20 — To, że pojęcie subwencji jest węższe niż pojęcie pomocy, wynika w szczególności z wyroków: z dnia 23 lutego 1961 r. w sprawie 30/59 De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. s. 3, 43; z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-276/02 Hiszpania przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-8091, pkt 24; z dnia 8 września 2011 r. w sprawie C-279/08 P Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-7671, pkt 86.

43. Bez wątplenia zarówno cele art. 2 dyrektywy 93/37, jak też kontekst regulacyjny, w który wpisuje się ten przepis, mogą same w sobie wspierać szeroką wykładnię pojęcia subwencjonowania, która niekoniecznie musi zatrzymywać się przy bezpośrednich przysporzeniach władzy publicznej, ale może obejmować również inne środki wspierające, jak choćby rozpatrywane tutaj ulgi podatkowe. Sąd trafnie zwrócił na to uwagę w swoim wyroku²¹.

44. Niemniej wykładnia art. 2 dyrektywy 93/37 nie może opierać się wyłącznie na celach i kontekście regulacyjnym tego przepisu, lecz musi obejmować również jego genezę. Wydaje mi się, że w szczególności z tej genezy Sąd wyciągnął w niniejszej sprawie fałszywe wnioski.

45. Uregulowanie zawarte w art. 2 dyrektywy 93/37 zostało po raz pierwszy wprowadzone w art. 1a dyrektywy 71/305/EWG²² zmienionej dyrektywą 89/440/EWG²³ do europejskiego prawa zamówień publicznych na roboty budowlane²⁴.

46. W związku z art. 1a dyrektywy 71/305 warto zauważyć, że zarówno Komisja, jak i Parlament Europejski faworyzowały pierwotnie bardzo szerokie sformułowanie, które nie ograniczało się wyłącznie do bezpośredniego subwencjonowania. I tak Komisja zaproponowała, aby art. 1a objąć wszelkie formy bezpośredniego i pośredniego finansowania zamówień publicznych na roboty budowlane²⁵. Przyjęte w pierwszym czytaniu stanowisko Parlamentu dotyczące art. 1a również wychodziło jeszcze z tego szerokiego pojęcia finansowania. W przyjętym w pierwszym czytaniu stanowisku Parlamentu była nawet zawarta definicja pojęcia finansowania, która poza publicznymi subwencjami obejmowała wyraźnie również przyznanie korzyści podatkowych²⁶.

47. Natomiast ostatecznie przyjęta przez Radę wersja art. 1a dyrektywy nie odnosi się już ogólnie do finansowania zamówień na roboty budowlane, lecz ogranicza się wyłącznie do wzmianki o bezpośrednim subwencjonowaniu takich zamówień przez instytucje zamawiające.

48. Zatem Rada jako swego czasu prawodawca wspólnotowy zdecydowała się w art. 1a dyrektywy 71/305 – wbrew propozycji Komisji i wbrew przyjętemu w pierwszym czytaniu stanowisku Parlamentu – na wąskie sformułowanie, które unika szerokiego pojęcia „finansowanie” i ogranicza się do uregulowania ponad 50% bezpośredniego subwencjonowania przez instytucje zamawiające zamówień na roboty budowlane.

21 — Zobacz w szczególności pkt 32 i 33 zaskarżonego wyroku.

22 — Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane (Dz.U. L 185, s. 5).

23 — Dyrektywa Rady 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r. zmieniająca dyrektywę 71/305/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane (Dz.U. L 210, s. 1).

24 — Zaskarżony wyrok mówi błędnie o art. 1a dyrektywy 89/440, zaś w rzeczywistości chodzi o art. 1a dyrektywy 71/305, zmienionej dyrektywą 89/440.

25 — W przedstawionej przez Komisję propozycji dyrektywy Rady zmieniającej dyrektywę 71/305/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane [COM(86) 679 wersja ostateczna] przepis ten był oznaczony jeszcze jako art. 2a, a jego ust. 1 był sformułowany w sposób następujący: „Państwa członkowskie podejmują niezbędne działania w celu zagwarantowania przestrzegania przepisów tej dyrektywy w przypadkach, w których zamówienia na roboty budowlane udzielane przez inne podmioty prawa niż wymienione w art. 1 lit. b) są finansowane w całości lub w części, bezpośrednio lub pośrednio ze środków publicznych”.

26 — W pierwszym czytaniu Parlament opowiedział się za następującym sformulowaniem, które miało być wtedy ujęte w art. 2a dyrektywy 71/305 (Dz.U. 1988, C 167, s. 65): „Państwa członkowskie podejmują niezbędne działania w celu zagwarantowania przestrzegania przepisów tej dyrektywy w przypadkach, w których instytucje zamawiające [...] finansują większościami zamówienia na roboty budowlane, które udzielane są przez inne podmioty prawa niż wymienione w art. 1 lit. b). Przez finansowanie rozumie się: przyznanie subwencji publicznych, obniżenie odsetek od przyznaných kredytów, przyznanie korzyści podatkowych, przyznanie preferencji budowlanych”.

49. Nic innego nie wynika ze wspólnego oświadczenia Rady i Komisji, które zostało dołączone do protokołu Rady w związku z przyjęciem art. 1a dyrektywy 71/305. W tym oświadczeniu podkreśla się, że art. 1a ma obejmować „wszelkie formy bezpośrednich subwencji”²⁷. Natomiast w tym oświadczeniu nie znajduje się jakakolwiek wskazówka pozwalająca stwierdzić, że zakresem zastosowania art. 1a miałyby zostać objęte poza bezpośrednimi subwencjami również inne korzyści, takie jak przykładowo ulgi podatkowe, bądź też że takie ulgi podatkowe należałoby uznać za bezpośrednie subwencje, tak jak to utrzymuje Komisja w postępowaniu przed Trybunałem.

50. W tych okolicznościach mało przekonujący jest pogląd prawny Sądu²⁸ i Komisji, zgodnie z którym odniesienie do bezpośredniej subwencji zawarte w art. 1a dyrektywy 71/305 ma „jednoznacznie i wyłącznie” na celu wyłączenie subwencji pośrednich, ale nie dalsze ograniczenie zakresu zastosowania tego przepisu. W ten sposób nie można bowiem wyjaśnić, dlaczego Rada zawężyła brzmienie tego przepisu konkretnie do subwencjonowania i nie chciała zachować pierwotnie użytego o wiele bardziej ogólnego pojęcia finansowania.

51. Wobec tej genezy również w art. 2 dyrektywy 93/37 jako identycznym pod względem treści regulacji zastępującej art. 1a dyrektywy 71/305 pojęcie bezpośredniego subwencjonowania nie może być raczej interpretowane tak szeroko, aby obejmowało ono nawet ulgi podatkowe. Nie istnieją żadne wskazówki pozwalające stwierdzić, że prawodawca miał zamiar przyjąć za podstawę w tym przepisie tego rodzaju szerokie znaczenie pojęcia subwencjonowania.

52. Sąd naruszył więc prawo ze względu na to, że mimo przedstawionej genezy art. 2 dyrektywy 93/37 włączył do zakresu zastosowania tego przepisu również zwykłe ulgi podatkowe.

53. Wynika z tego, że część pierwsza zarzutu pierwszego jest zasadna. Z samego tego powodu uchylenie zaskarżonego wyroku jest uzasadnione. Jeżeli bowiem przyznane przez państwo francuskie ulgi podatkowe z tytułu renowacji i powiększenia ośrodka wypoczynkowego „Les Boucaniers” nie zostaną uwzględnione, to wówczas udział bezpośredniego subwencjonowania tych robót przez władzę publiczną obniża się poniżej progu 50% przyjętego za podstawę w art. 2 dyrektywy 93/37²⁹.

C – Zarzut trzeci: „obiekty sportowe, rekreacyjne i wypoczynkowe” w rozumieniu art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37

54. Podniesiony przez Francję zarzut trzeci dotyczy pojęcia „obiekty sportowe, rekreacyjne i wypoczynkowe” w rozumieniu art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37. Francja zarzuca Sądowi, że dokonał nadmiernie szerokiej interpretacji tego pojęcia i nie wziął przy tym pod uwagę, że w tym przepisie chodzi wyłącznie o zamówienia na roboty budowlane, które z jednej strony służą wspólnym potrzebom użytkowników obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych (zob. w tym względzie od razu, część pierwsza) i z drugiej strony przedstawiają bezpośredni interes gospodarczy dla instytucji zamawiających (zob. w tym względzie poniżej, część druga).

1. W przedmiocie znaczenia wspólnych potrzeb użytkowników obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych (część pierwsza zarzutu trzeciego)

55. W części pierwszej zarzutu trzeciego krytykowane są pkt 56–63 zaskarżonego wyroku. Francja zarzuca Sądowi, że nie wziął pod uwagę, iż za obiekty sportowe, rekreacyjne i wypoczynkowe w rozumieniu art. 2 ust. 2 mogą zostać uznane wyłącznie takie obiekty, które są przeznaczone do zaspokajania wspólnych potrzeb ich użytkowników.

27 — To oświadczenie do protokołu Rady brzmi następująco: „Rada i Komisja podkreślają, że przy stosowaniu art. 1a należy uwzględniać wszelkie formy subwencji bezpośrednich, w tym subwencji wspólnotowych, na dane zamówienia na roboty budowlane”.

28 — Zaskarżony wyrok, pkt 35 in fine.

29 — Zobacz w tym względzie pkt 9–11 niniejszej opinii.

a) Dopuszczalność

56. Komisja uważa część pierwszą zarzutu trzeciego za niedopuszczalną z tego względu, że Francja nie podniosła w postępowaniu w pierwszej instancji argumentu „wspólnych potrzeb użytkowników” obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, lecz oparła się na kryterium „tradycyjnych potrzeb instytucji zamawiających”.

57. Zarzut ten nie jest zasadny. Prawdą jest, że Francja w pierwszej instancji – w każdym razie w toku procedury pisemnej – jeszcze nie zastosowała kryterium „wspólnych potrzeb użytkowników”, lecz pierwotnie opowiadała się za tym, aby art. 2 ust. 2 dyrektywy odnosić do zamówień, które ze względu na swój charakter należą do sfery tradycyjnych potrzeb instytucji zamawiających. Obecne odniesienie do wspólnych potrzeb użytkowników jest jednak jedynie rozwinięciem argumentacji Francji, które nie zmienia przedmiotu sporu, a więc jest dopuszczalne w postępowaniu odwoławczym³⁰.

58. Pierwsza część zarzutu trzeciego jest więc dopuszczalna.

b) Zasadność

59. W istocie w ramach części pierwszej zarzutu trzeciego strony spierają się o to, czy wykładni pojęcia obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych w ramach art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 należy dokonywać wąsko, czy też szeroko.

60. Sąd zdecydował się w zaskarżonym wyroku na szeroką wykładnię, którą określa również jako „wykładnię funkcjonalną”³¹. Zgodnie z tą wykładnią zakresem zastosowania prawa zamówień publicznych na roboty budowlane są objęte nawet zamówienia na roboty budowlane w związku z prywatnymi obiektami rekreacyjnymi, jak Club Méditerranée „Les Boucaniers”, zawsze pod warunkiem że są one subwencionowane przez instytucje zamawiające bezpośrednio w ponad 50%.

61. Ta wykładnia pojęcia obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych nie jest przekonująca.

i) Wymóg zawężającej wykładni pojęcia obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych

62. Wprawdzie na pierwszy rzut oka brzmienie art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 może również pasować do prywatnych obiektów wypoczynkowych, takich jak będący tutaj przedmiotem sporu, niemniej przeciwko temu przemawiają zarówno cele art. 2 dyrektywy 93/37, jak też kontekst, w którym przepis ten włącza wspomniane obiekty sportowe, rekreacyjne i wypoczynkowe do zakresu zastosowania tej dyrektywy.

63. Artykuł art. 2 dyrektywy 93/37 nie powoduje ogólnego rozszerzenia prawa zamówień publicznych na roboty budowlane na wszystkie prywatne roboty budowlane, jeżeli tylko są one subwencionowane bezpośrednio w ponad 50% ze środków publicznych.

30 — Zobacz w tym względzie orzecznictwo przytoczone powyżej w przypisie 17.

31 — Zaskarżony wyrok, w szczególności pkt 30 in fine, pkt 59.

64. Przeciwnie art. 2 dyrektywy 93/37 ma jedynie pomóc w uniemożliwianiu obchodzenia *w określonych sektorach* przepisów o zamówieniach publicznych na roboty budowlane i realizowanych przez nie celów³². Dlatego też art. 2 włącza do zakresu zastosowania dyrektywy prywatne zamówienia na roboty budowlane właśnie w tych sektorach, jeżeli są one subwencjonowane przez instytucje zamawiające bezpośrednio w ponad 50%. Tego, że nie chodzi przy tym o możliwe do uogólnienia uregulowanie, lecz o wyczerpujące wyliczenie, dowodzi również zastosowanie w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 sformułowania „dotyczy wyłącznie”.

65. Ponadto porównanie z innymi sektorami wymienionymi w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 dowodzi, że chodzi wyłącznie o zamówienia w związku z infrastrukturą w zakresie transportu³³ lub obiektów budowlanych, które są albo dostępne dla ogółu (budynki szkolne i uniwersyteckie, szpitale) albo mają być wykorzystywane przez samą instytucję zamawiającą (budynki wykorzystywane do celów administracyjnych).

66. W tym kontekście również wykładnia pojęcia obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych zawartego w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 musi być dokonywana w sposób zawężający, tak jak Trybunał postąpił zresztą z innymi przepisami europejskiego prawa zamówień publicznych³⁴. W przeciwieństwie do tego, co twierdzi Komisja, takie postępowanie w żaden sposób nie oznacza „dointerpretowywania” do art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 dodatkowego, nieprzewidzianego przez prawodawcę unijnego kryterium. Przeciwnie, wyłącznie restrykcyjna wykładnia pojęcia obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych jest zgodna z celem i kontekstem regulacyjnym, w którym to pojęcie jest stosowane przez prawodawcę w dyrektywie 93/37. Na to wskazała słusznie Francja.

ii) Kryteria dotyczące zawężającej wykładni pojęcia obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych

67. Chociaż należy więc zgodzić się z Francją, że pojęcie obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych zawarte w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 wymaga wykładni zawężającej, to nie jestem przekonana o tym, że zaproponowane przez to państwo kryteria dostarczają odpowiednich wytycznych dla takiej wykładni.

68. Kryterium „zaspokajania wspólnych potrzeb użytkowników” obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, na którym Francja opiera się w niniejszym postępowaniu odwoławczym, wydaje się zbyt mgliste, aby mogło dostarczać właściwej miary dla wykładni i stosowania art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37. Ponadto większość z wymienionych w tym przepisie obiektów (budynki szkolne i uniwersyteckie, szpitale, ale także obiekty sportowe, rekreacyjne i wypoczynkowe) jest z reguły przeznaczona do (co najmniej również) zaspokajania indywidualnych potrzeb ich użytkowników³⁵. Ostatecznie chodzi mniej o to, czy zaspokajane są „indywidualne”, czy też „wspólne” interesy użytkowników, lecz bardziej o to, czy udostępnienie danych obiektów leży w interesie publicznym.

32 — Opinia rzecznika generalnego P. Légera z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi i in., Rec. s. I-5409, pkt 106; zob. także pkt 30 zaskarżonego wyroku.

33 — Są to zamówienia objęte klasą 50, grupą 502 „Statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej” (NACE), do której odnosi się art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37.

34 — Zobacz przykładowo dokonane w utrwalonym orzecznictwie ograniczenie pojęcia zamówienia publicznego, z wyłączeniem zamówień quasi in-house, tak jak wynika ono z wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 50, zdanie drugie.

35 — Wizyta w szpitalu jest zależna od stanu zdrowia danego użytkownika i tym samym nadzwyczaj indywidualna. Analogicznie również uczęszczanie do ośrodków kształcenia zależy w całości lub w części od indywidualnych zdolności i upodobań każdej jednostki.

69. Również zaproponowane przez Francję w pierwszej instancji kryterium „tradycyjnych potrzeb instytucji zamawiających” nie wydaje się być bardziej odpowiednie. To kryterium jest zbyt jednostronnie dostosowane do tradycyjnych zadań podmiotów publicznych i nie uwzględnia okoliczności, że zadania te mogą się z upływem czasu zmienić i poszerzyć. Właściwa wykładnia art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 musi uwzględniać również ten aspekt.

70. Proponuję zatem, by art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 interpretować w ten sposób, że objęte tym przepisem są wyłącznie prywatne zamówienia na roboty budowlane, które są subwencionowane przez instytucje zamawiające w celu wypełniania ich zadań w ramach *usług użyteczności publicznej*. W przypadku usług użyteczności publicznej chodzi o utartą w prawie unijnym koncepcję³⁶, która jest ponadto wystarczająco otwarta, aby z jednej strony uwzględnić różne potrzeby w poszczególnych państwach członkowskich oraz ich licznych jednostkach terytorialnych, a z drugiej strony czynić zadość również nowszym tendencjom rozwojowym w kręgu zadań podmiotów publicznych. Ponadto w ten sposób mogłaby zostać zapewniona spójność między prawem zamówień publicznych i europejskim prawem konkurencji.

71. Nawet jeśli ani Francja, ani Komisja nie opowiedziały się w niniejszej sprawie konkretnie za kryterium usług użyteczności publicznej, to ta okoliczność nie stoi Trybunałowi na przeszkodzie, aby oprzeć się przy wykładni i stosowaniu art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 właśnie na tym kryterium. Sąd nie jest bowiem „ustami stron”³⁷. W związku z tym nie może on być zobowiązany do uwzględnienia wyłącznie tych argumentów, które strony przedstawiły na poparcie swych żądań, ponieważ mogłoby go to prowadzić do oparcia jego rozstrzygnięcia na błędnych rozważaniach prawnych³⁸.

72. Jeżeli więc wykładni art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 dokonuje się w ten sposób, że przepisem tym *nie są objęte wszystkie* obiekty sportowe, rekreacyjne i wypoczynkowe, lecz wyłącznie takie, które mają na celu usługi użyteczności publicznej – przykładowo publicznie dostępne tereny zielone, ośrodki sportowe, biblioteki i muzea – to Sąd dopuścił się w niniejszej sprawie naruszenia prawa.

73. Część pierwsza zarzutu trzeciego jest więc zasadna.

2. W przedmiocie bezpośredniego interesu gospodarczego instytucji zamawiającej (część druga zarzutu trzeciego)

74. W drugiej części zarzutu trzeciego Francja podważa konkretnie pkt 64 zaskarżonego wyroku. Francja uważa, że Sąd naruszył prawo, stwierdzając, iż wykładni użytego w art. 2 dyrektywy 93/37/EWG pojęcia „zamówienie na roboty budowlane” należy dokonywać niezależnie od pojęcia „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 lit. a) tej dyrektywy. Zdaniem Francji zarówno art. 1 lit. a), jak też art. 2 dyrektywy 93/37 dotyczą wyłącznie zamówień na roboty budowlane, które leżą w bezpośrednim interesie gospodarczym instytucji zamawiającej.

75. Przedstawione przez Francję argumenty są przekonujące.

76. Zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu art. 2 dyrektywy różnią się zamówień określonych w art. 1 lit. a) jedynie i wyłącznie tym, że nie udzielają ich *instytucje zamawiające*, lecz *inne podmioty* – przede wszystkim przedsiębiorstwa prywatne – i to z ponad 50% bezpośrednim subwencionowaniem przez instytucje zamawiające.

36 — Zobacz przykładowo Komunikat Komisji „Usługi użyteczności publicznej w Europie” (Dz.U. 2001 r., C 17, s. 4) oraz sprawozdanie „Usługi użyteczności publicznej”, które Komisja przedłożyła Parlamentowi w Laeken [COM(2001) 598 wersja ostateczna].

37 — Tak już rzecznik generalny P. Léger w opinii z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-252/96 P Parlament przeciwko Gutiérrez de Quijano y Lloréns, Rec. s. I-7421, pkt 36.

38 — Podobnie postanowienie z dnia 27 września 2004 r. w sprawie C-470/02 P UER przeciwko M6 i in., pkt 69, oraz wyrok z dnia 21 września 2010 r. w sprawach połączonych C-514/07 P, C-528/07 P i C-532/07 P Szwecja przeciwko API i Komisji, Zb.Orz. s. I-8533, pkt 65.

77. Poza tym już w świetle swojego brzmienia art. 2 dyrektywy 93/37 nawiązuje poprzez użycie wyrażenia „zamówienia na roboty budowlane” do definicji, którą art. 1 lit. a) ustanawia dla całej dyrektywy i od której zasadniczo zależy przedmiotowy zakres zastosowania właśnie tej dyrektywy.

78. Również cel art. 2 dyrektywy 93/37 przemawia za wykładnią pojęcia zamówienia na roboty budowlane, która kieruje się ogólną definicją zawartą w art. 1 lit. a) tej dyrektywy. Artykuł 2 ma bowiem zapobiegać obchodzeniu przepisów europejskiego prawa zamówień publicznych na roboty budowlane poprzez zaangażowanie podmiotów prywatnych³⁹. Artykuł 2 nie może więc włączyć do zakresu zastosowania dyrektywy żadnych innych zamówień na roboty budowlane niż te, które musiałyby być przedmiotem procedury przetargowej również wtedy, gdyby zostały udzielone przez samą instytucję zamawiającą, a nie podmiot prywatny.

79. Jeżeli zatem w zwykłym przypadku określonym w art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 zamówienie publiczne na roboty budowlane występuje wyłącznie wtedy, gdy wykonane roboty budowlane leżą w bezpośrednim interesie gospodarczym instytucji zamawiającej⁴⁰, to tym bardziej dotyczy to szczególnego przypadku określonego w art. 2 dyrektywy 93/37. Również tam wykonane roboty budowlane mogą zostać włączone do zakresu zastosowania dyrektywy 93/37 tylko wtedy, gdy leżą w bezpośrednim interesie gospodarczym instytucji zamawiających, które te roboty subwencjonują bezpośrednio w ponad 50%.

80. Jak wyjaśnił Trybunał, bezpośredni interes gospodarczy może istnieć w szczególności w przypadku, gdy przewidziane zostało, że instytucja zamawiająca ma uzyskać własność lub prawo użytkowania obiektu budowlanego, który ma zostać wybudowany lub też że ma czerpać korzyści gospodarcze lub ponosić ryzyko gospodarcze, które wiążą się z użytkowaniem obiektu budowlanego w przyszłości⁴¹. Wszystko to jest nie do przyjęcia w przypadku takim jak niniejszy, w którym prywatne roboty budowlane były jedynie wspierane finansowo przez instytucje zamawiające w ramach wsparcia strukturalnego.

81. Sama okoliczność, że roboty budowlane mogą pozytywnie wpływać na ogólny rozwój gospodarczy regionu, tak jak to może być w przypadku renowacji i powiększenia prywatnego ośrodka wypoczynkowego, nie wystarczy natomiast do uzasadnienia bezpośredniego interesu gospodarczego tych podmiotów publicznych, które bezpośrednio subwencjonowały te roboty. Ci publiczni sponsorzy mają bowiem w wykonanych robotach budowlanych jako takich co najwyżej *pośredni* interes gospodarczy.

82. Również pod tym względem Sąd dopuścił się zatem naruszenia prawa przy wykładni i stosowaniu art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37. Zatem część druga zarzutu trzeciego jest również zasadna.

3. Uwagi końcowe w przedmiocie zarzutu trzeciego

83. W odniesieniu do obu części zarzutu trzeciego Komisja podnosi jeszcze, że szeroka wykładnia art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37, taka jakiej dokonał Sąd, ma na celu zapewnienie bezstronnego przydzielania pieniędzy publicznych⁴².

39 — Zobacz pkt 64 niniejszej opinii.

40 — Tak wyroki: z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 Helmut Müller, Zb.Orz. s. I-2673, pkt 49, 54, 57, 58; z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-7091, pkt 75, wydane w przedmiocie uregulowania zawartego w dyrektywie 2004/18, które zastąpiło uregulowanie zawarte w dyrektywie 93/37.

41 — Zobacz w tym względzie ww. w przypisie 40 wyrok w sprawie Helmut Müller, pkt 50–52. Kontekst kryterium bezpośredniego interesu gospodarczego wyjaśnił niedawno rzecznik generalny M. Wathelet w opinii z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawie C-576/10 Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 108–113; zob. ponadto opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego z dnia 17 listopada 2009 r. w ww. w przypisie 40 sprawie Helmut Müller, pkt 46–62.

42 — Komisja odnosi się do pkt 31 zaskarżonego wyroku.

84. Należy przyznać, że również ten aspekt jest częścią celów realizowanych w przepisach europejskiego prawa zamówień publicznych. Jednakowoż także uwzględnienie tych celów nie może prowadzić do sprzecznej z systematyką szerokiej wykładni art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37. Prawodawca zdecydował się zrealizować ten cel w ten sposób, że przepisom dyrektywy 93/37 poddawane są nie wszystkie, lecz tylko określone prywatne roboty budowlane.

85. Uzupełniająco należy przypomnieć, że już w swobodach podstawowych europejskiego rynku wewnętrznego, w szczególności w swobodzie przedsiębiorczości i swobodzie świadczenia usług, zawarty jest zakaz dyskryminacji, z którym związany jest również wymóg przejrzystości⁴³. Zasady te stoją na przeszkodzie temu, aby instytucje zamawiające subwencjonowały lub finansowały prywatne zamówienia na roboty budowlane w nieprzejrzysty lub dyskryminujący sposób za pomocą środków publicznych nawet poza zakresem zastosowania dyrektyw z zakresu zamówień publicznych. Rozszerzająca wykładnia art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 nie jest w tym względzie konieczna.

D – Podsumowanie

86. Z uwagi na to, że część pierwsza zarzutu pierwszego oraz obie części zarzutu trzeciego są zasadne, zaskarżony wyrok należy uchylić.

VI – Orzeczenie o kosztach skargi w pierwszej instancji

87. Zgodnie z art. 61 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości Trybunał może, jeśli stan postępowania na to pozwala, wydać orzeczenie ostateczne w sprawie bądź skierować sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd.

88. W niniejszej sprawie Sąd w swoim wyroku szczegółowo zbadał zarzuty podniesione przez Francję w postępowaniu w pierwszej instancji. Ponadto w postępowaniu przed Sądem, jak też w postępowaniu odwoławczym strony miały możliwość wymiany swoich stanowisk w odniesieniu do wszystkich aspektów istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Okoliczności faktyczne nie wymagają dalszego wyjaśnienia. Sprawa jest zatem gotowa do rozstrzygnięcia.

89. Jeżeli art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/37 będzie interpretowany i stosowany, tak jak proponuję powyżej w ramach zarzutów pierwszego i trzeciego⁴⁴, to wniesiona przez Francję skarga o stwierdzenie nieważności jest zasadna. Z jednej bowiem strony prywatny ośrodek wypoczynkowy „Les Boucaniers” nie był subwencjonowany bezpośrednio w ponad 50%, jeśli pominie się ulgi podatkowe przyznane przez państwo francuskie. Z drugiej strony ośrodek ten nie może zostać uznany za obiekt sportowy, rekreacyjny lub wypoczynkowy w rozumieniu tego przepisu. Nawet jeśli przyjmie się, że również lokalni mieszkańcy Martyniki sporadycznie korzystają z oferty wypoczynkowej – odpłatnie, jako jednodniowi goście – to nie pozbawia to tego ośrodka charakteru ośrodka hotelowego, który służy zaspokajaniu czysto prywatnych interesów i w żaden sposób nie oznacza świadczenia usług użyteczności publicznej.

90. Należy zatem orzec nieważność spornej decyzji Komisji (art. 264 ust. 1 TFUE).

43 — Wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745 pkt 60–62; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Rec. s. I-7287, pkt 16, 17; z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, Zb.Orz. s. I-2815, pkt 68.

44 — Zobacz pkt 54, 82 niniejszej opinii.

VII – Koszty

91. Zgodnie z art. 184 § 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem jeżeli odwołanie jest zasadne i Trybunał orzeka wyrokiem kończącym postępowanie w sprawie, rozstrzyga on o kosztach⁴⁵.

92. Zgodnie z art. 138 § 1 w związku z art. 184 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę.

93. W skardze o stwierdzenie nieważności w pierwszej instancji Francja wniosła o obciążenie Komisji kosztami. Z uwagi na to, że zarzuty Komisji przeciwko skardze o stwierdzenie nieważności zostały oddalone, ponosi ona koszty postępowania w pierwszej instancji.

94. Natomiast w postępowaniu odwoławczym Francja nie wystąpiła z żądaniem w przedmiocie kosztów. W związku z tym wydaje się słuszne, aby obciążyć obie strony ich własnymi kosztami.

VIII – Wnioski

95. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł w następujący sposób:

- 1) Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie T-488/10 Francja przeciwko Komisji zostaje uchylony.
- 2) Stwierdza się nieważność decyzji C(2010) 5229 Komisji Europejskiej z dnia 28 lipca 2010 r.
- 3) Komisja Europejska zostaje obciążona kosztami postępowania w pierwszej instancji. W pozostałym zakresie każda ze stron pokrywa własne koszty.

45 — Zgodnie z ogólną zasadą, że nowe przepisy proceduralne mają zastosowanie do wszystkich sporów zawisłych w momencie ich wejścia w życie (utrwalone orzecznictwo, zob. choćby wyrok z dnia 12 listopada 1981 r. w sprawach połączonych od 212/80 do 217/80 *Meridionale Industria Salumi i in.*, Rec. s. 2735, pkt 9), rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów będzie w niniejszej sprawie dokonywane zgodnie z regulaminem postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z dnia 25 września 2012 r., który wszedł w życie w dniu 1 listopada 2012 r. (podobnie również wyrok z dnia 15 listopada 2012 r. w sprawie C-417/11 P Rada przeciwko Bamba, pkt 91, 92). Pod względem treści nie występują jednak żadne różnice w stosunku do art. 69 § 2 w związku z art. 118 i art. 122 § 1 regulaminu Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 1991 r.