

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

przedstawiona w dniu 15 czerwca 2006 r.¹

I — Wprowadzenie

przejąć niesprzedane części, jak również ponosić całkowite ryzyko finansowe.

1. W niniejszej sprawie francuski sąd, tribunal administratif de Lyon², zwrócił się do Trybunału z kilkoma pytaniami dotyczącymi wykładni europejskiego prawa zamówień publicznych. Pytania te zrodziły się w ramach sporu dotyczącego parku rozrywki we francuskiej gminie Roanne, którego zaprojektowanie i realizacja zostały, bez przeprowadzenia wcześniejszego przetargu, zlecone spółce o kapitale mieszanym, utworzonej na rzecz rozwoju gminy. Projekt wyróżniał się w szczególności tym, że tylko niektóre części planowanego parku rozrywki po jego wykonaniu miały być przekazane samej gminie, podczas gdy inne części miały zostać sprzedane przez spółkę na rzecz rozwoju gminy bezpośrednio osobom trzecim. Jednakże gmina miała uczestniczyć w ich finansowaniu i z chwilą zakończenia projektu miała

2. W tym kontekście sąd krajowy pragnie w pierwszej kolejności ustalić, jakie przepisy europejskiego prawa zamówień publicznych mogłyby w ogóle mieć zastosowanie w przypadku tego rodzaju projektu i w jaki sposób należy w szczególności interpretować pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Poza tym powstaje pytanie, czy przy określaniu wartości zamówienia należy brać pod uwagę całkowity koszt projektu, czy też na jego wyliczenie powinna mieć wpływ jedynie cena, uiszczona przez instytucję zamawiającą za przeznaczone dla niej części obiektu, wraz ewentualnie z poniesionym przez nią całkowitym wkładem finansowym. Wreszcie należy wyjaśnić, czy można pominąć postępowanie przetargowe, w sytuacji gdy według prawa krajowego omawiane porozumienie może być zawierane jedynie z niektórymi osobami prawnymi, które ze swej strony w przypadku ewentualnych późniejszych zamówień muszą przeprowadzić postępowanie przetargowe.

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Sąd administracyjny w Lyonie; poniżej zwany również „sądem krajowym”.

II — Ramy prawne

A — Prawo wspólnotowe

3. Artykuł 1 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane³ (zwanej dalej „dyrektywą 93/37”) stanowi w szczególności:

„Do celów 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, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II, lub obiektu budowlanego, określonego poniżej w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą;

3 — Dz.U. L 199, str. 54. Dyrektywa ta została uchylona i zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego 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, zwana dalej „dyrektywą 2004/18”). Zmiana ta obowiązuje jednakże dopiero od dnia 31 stycznia 2006 r. i w rezultacie nie ma znaczenia w postępowaniu przed sądem krajowym.

b) »instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego, oraz
- posiadający osobowość prawną, oraz
- finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego; lub, jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji; lub jeżeli ponad połowę składu jego organu

administracji, zarządu lub rady nadzorczej stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego;

bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ECU 5 000 000 specjalnych praw ciągnięcia (SRD);

[...]

[...]

- c) »obiekt budowlany« oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;

3. W przypadku gdy obiekt budowlany jest podzielony na kilka części, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej z tych części jest uwzględniana przy obliczaniu wartości, określonej w ust. 1. W przypadku gdy łączna wartość części jest nie mniejsza niż wartość określona w ust. 1, przepis tego ustępu ma zastosowanie do wszystkich części. Instytucje zamawiające mogą odstąpić od stosowania przepisu ust. 1 w odniesieniu do tych części, których szacunkowa wartość, bez podatku VAT, jest mniejsza niż 1 000 000 ECU, pod warunkiem że całkowita wartość szacunkowa tych części nie przekracza 20% całkowitej wartości wszystkich części.

[...]”.

4. Artykuł 6 dyrektywy 93/37, zmieniony dyrektywą 97/52⁴, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do:

- a) zamówień publicznych na roboty budowlane, których wartość szacunkowa

4. Żaden obiekt budowlany ani żadne zamówienie nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy

5. Przy obliczaniu wartości określonych w ust. 1 oraz w art. 7 uwzględniana jest nie tylko wartość zamówienia publicznego na roboty budowlane, lecz także szacunkowa wartość dostaw, potrzebnych do wykonania

4 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. zmieniająca dyrektywy: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, odpowiednio: na usługi, dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 328, str. 1).

robót budowlanych, udostępnionych wykonawcy przez instytucje zamawiające.

6. Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób”.

5. W okresie właściwym dla niniejszej sprawy próg 5 000 000 SRD stanowił równowartość 6 242 028 EUR⁵.

B — *Prawo krajowe*

6. L. 300-4 code français de l’urbanisme⁶, w brzmieniu obowiązującym w okresie właściwym dla sporu przed sądem krajowym⁷ (zwany dalej „art. L. 300-4 kodeksu urbanistyki w poprzednio obowiązującym brzmieniu”), stanowił:

5 — Zobacz opublikowane wartości progów na mocy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, obowiązujące od dnia 1 stycznia 2002 r. (komunikat Komisji, Dz.U. 2001, C 332, str. 21, kolumna trzecia).

6 — Kodeks urbanistyki.

7 — Brzmienie to wynika z ustawy nr 2000-1208 z dnia 13 grudnia 2000 r., JORF z dnia 14 grudnia 2000 r., str. 19777.

„Skarb państwa, samorządy terytorialne lub ich organy publiczne mogą powierzyć przygotowanie i wykonanie operacji zagospodarowania przewidzianych w niniejszym dziale wszelkiego rodzaju podmiotom publicznym lub prywatnym do tego powołanym.

W przypadku zawarcia porozumienia z organem publicznym spółką mieszaną z udziałem kapitału samorządu terytorialnego określoną przez ustawę nr 83-597 z dnia 7 lipca 1983 r. lub ze spółką mieszaną, w której ponad połowa kapitału należy do jednego lub kilku z wymienionych poniżej podmiotów prawa publicznego: skarbu państwa, regionów, departamentów, gmin lub ich stowarzyszeń, porozumienie to może przyjąć formę porozumienia publicznego w sprawie zagospodarowania. W tym przypadku podmiotowi zawierającemu porozumienie można powierzyć zakup nieruchomości w drodze wyłączenia lub pierwokupu, gdzie wykonanie wszelkich operacji i czynności zagospodarowania i wyposażania przyczynia się do operacji całkowitej, stanowiącej przedmiot publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania.

Podmiotom wymienionym w poprzednim akapicie mogą zostać powierzone zadania monitorowania wstępnych analiz niezbędnych do zdefiniowania rodzaju operacji w ramach umowy pełnomocnictwa upoważniającej ich do zawierania umów o przeprowadzenie analiz w imieniu samorządu lub stowarzyszenia samorządów i na ich rachunek.

[...]”.

7. Na skutek wszczęcia przez Komisję wobec Republiki Francuskiej postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego art. L.300-4 kodeksu urbanistyki został zmieniony ustawą nr 2005-809⁸ w następujący sposób:

„Skarb państwa i samorządy terytorialne, jak również ich organy publiczne, mogą powierzyć wykonanie operacji zagospodarowania przewidzianych w tym dziale wszelkim podmiotom do tego powołanym.

Udzielenie koncesji na zagospodarowanie przez organ udzielający koncesji jest objęte procedurą ogłoszenia umożliwiającej składanie wielu konkurencyjnych ofert na warunkach przewidzianych w dekrete wydany przez radę stanu (décret en Conseil d'État).

Koncesjonariusz zapewnia zarządzanie obiektem budowlanym i wyposażeniem przyczyniającym się do operacji objętej koncesją, jak również przeprowadzenie analiz i wszelkich czynności koniecznych do ich wykonania. Podmiot udzielający koncesji może mu powierzyć zadanie nabycia dóbr koniecznych do realizacji operacji, w tym również w drodze wyłączenia lub pierwokupu, jeśli jest taka potrzeba. Koncesjonariusz dokonuje sprzedaży, wynajmu lub koncesji nieruchomości znajdujących się w obrębie terenu objętego koncesją”.

8. Artykuł 11 ustawy nr 2005-809 stanowi ponadto:

„Z zastrzeżeniem ostatecznych orzeczeń sądowych, pozostają w mocy w zakresie, w jakim ich zgodność z prawem mogłaby zostać podważona ze względu na to, iż wyznaczenie podmiotu odpowiedzialnego za zagospodarowanie nie zostało dokonane zgodnie z procedurą ogłoszenia umożliwiającą składanie wielu ofert konkurencyjnych:

1. Koncesje na zagospodarowanie, publiczne porozumienia w sprawie zagospodarowania i porozumienia w sprawie zagospodarowania podpisane przed dniem publikacji niniejszej ustawy;

[...]”.

III — Okoliczności faktyczne i postępowanie przed sądem krajowym

9. W 2002 r. francuska gmina Roanne, w ramach działań na rzecz rozwoju gminy, zamierzała stworzyć park rozrywki. Operacja ta w pierwszej części zakładała w szczególności budowę tak zwanego kompleksu

8 — Ustawa z dnia 20 lipca 2005 r., JORF z dnia 21 lipca 2005 r., str. 11833.

kinowego, a obok przewidywała budowę obiektów handlowych, publicznego parkingu na około 320 miejsc parkingowych, jak również dróg dojazdowych i powierzchni publicznych. W ramach kolejnych części zakładano budowę dalszych obiektów handlowych oraz hotelu.

majątku gminy Roanne. Inne planowane obiekty budowlane były natomiast przeznaczone do sprzedaży osobom trzecim, oceniono przy tym, że SEDL jako podmiot odpowiedzialny za operację może osiągnąć przychód ze sprzedaży łącznie w wysokości 8 099 000 EUR.

10. Przeprowadzenie operacji zlecono Société d'équipement du département de la Loire (SEDL), spółce o kapitale mieszanym, utworzonej na rzecz rozwoju gminy. W tym celu gmina Roanne zawarła z SEDL w dniu 25 listopada 2002 r. publiczne porozumienie w sprawie zagospodarowania⁹, do którego podpisania został upoważniony mer tej gminy na mocy uchwały rady gminy Roanne z dnia 28 października 2002 r.

11. W porozumieniu tym SEDL została powierzona misja między innymi: dokonania zakupu nieruchomości i poszukiwania funduszy, dostarczenia określonej dokumentacji z zakresu księgowości, zlecenia przeprowadzenia analiz, organizacji postępowania konkursowego na wybór inżyniera, wykonania robót budowlanych, zapewnienia koordynacji operacji oraz informowania gminy.

12. Wybudowane dla miejskiego parku rozrywki: parking publiczny, drogi dojazdowe i powierzchnie publiczne powinny zgodnie z porozumieniem zostać przeniesione do

13. W porozumieniu przewidziano, iż za parking publiczny gmina zapłaci SEDL kwotę 2 925 000 EUR. Oprócz tego gmina miała wziąć udział w finansowaniu całości planowanych obiektów poprzez dofinansowanie, które szacowano wstępnie na kwotę 2 443 103 EUR na pierwszym etapie i w skali całości robót budowlanych na kwotę 3 034 341 EUR¹⁰. Ponadto grunty i obiekty budowlane niesprzedane przez SEDL osobom trzecim w chwili wygaśnięcia projektu powinny w tym momencie z mocy samego prawa przejść na własność gminy Roanne, przy czym gmina miała zapewnić wykonanie trwających jeszcze umów i przejąć długi zaciągnięte przez SEDL. Dodatkowo gmina Roanne wyraźnie przejęła całkowite ryzyko finansowe projektu¹¹.

14. Zawarcie z SEDL publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania nie było poprzedzone żadnym ogłoszeniem ani przetargiem dotyczącym tej operacji.

10 — W załączniku do publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania, przedłożonego Trybunałowi przez rząd francuski, oceniono, iż pozostali uczestnicy (tak zwani partenaires du pôle d'échanges) powinni dodatkowo zapłacić kwotę w wysokości 210 000 EUR.

11 — Tak brzmi np. art. 25-1 publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania: „[...] le risque financier de l'opération est à la charge de la Collectivité Publique Cocontractante [...]”.

9 — Convention publique d'aménagement.

15. Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym należą do opozycji w radzie gminy Roanne. Przed sądem administracyjnym w Lyonie żądają stwierdzenia nieważności uchwały rady gminy z dnia 28 października 2002 r. i powołują się przy tym między innymi na naruszenie wymogów europejskiego prawa zamówień publicznych. Uważają, że należało przeprowadzić procedury przetargowe przewidziane w dyrektywie 93/37.

IV — Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oraz postępowanie przed Trybunałem

16. Wyrokiem z dnia 7 kwietnia 2005 r. sąd administracyjny w Lyonie postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy porozumienie, mocą którego pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej realizację operacji zagospodarowania, w interesie ogólnym, w ramach którego to porozumienia druga instytucja zamawiająca przekazuje pierwszej instytucji obiekty budowlane mające służyć jej celom i z chwilą wygaśnięcia którego pierwsza instytucja zamawiająca staje się z mocy samego prawa właścicielem tych

gruntów i obiektów, które nie zostały jeszcze sprzedane osobom trzecim, stanowi zamówienie na roboty publiczne w rozumieniu art. 1 dyrektywy 93/37 z późniejszymi zmianami?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie, czy dla oceny wyżej przywołanego progu 5.000.000 specjalnych praw ciągnięcia ustanowionego w art. 6 dyrektywy 93/37 należy wziąć pod uwagę jedynie cenę uiszczaną w zamian za przeniesienie praw do obiektów przekazanych instytucji zamawiającej czy też sumę tej ceny i wpłaconego wkładu, nawet jeśli wkład ten jedynie w części jest przeznaczony na realizację tych obiektów budowlanych, czy też wreszcie całość wartości robót budowlanych, skoro dobra niesprzedane w chwili wygaśnięcia umowy stają się z mocy samego prawa własnością instytucji zamawiającej, która od tej chwili będzie wykonywać trwające jeszcze umowy i przejmie długi zaciągnięte przez drugą instytucję zamawiającą?

3) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze dwa pytania, czy przy zawieraniu rzeczzonego porozumienia pierwsza instytucja zamawiająca jest zwolniona z obowiązku stosowania przewidzianych w tej dyrektywie procedur przetargowych udzielania zamówień, skoro porozumienie to może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi, oraz że procedury te zostaną zastosowane przez drugą instytucję zamawiającą celem udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane?”.

17. Uwagi na piśmie i uwagi ustne — oprócz gminy Roanne, występującej w charakterze pozwanej w postępowaniu przed sądem krajowym — przedstawili również rząd francuski oraz Komisja Wspólnot Europejskich. Uwagi na piśmie złożył ponadto rząd litewski, rząd austriacki i rząd polski. Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym nie złożyli w terminie uwag na piśmie, przedstawili jednak Trybunałowi uwagi ustne.

V — Ocena

A — *Dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym*

18. Gmina Roanne i rząd francuski mają wątpliwości dotyczące dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

19. W pierwszej kolejności gmina Roanne uważa, iż pytania prejudycjalne nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu z tego powodu, iż ustawodawca francuski w sposób retroaktywny wyraźnie uznał, że porozumienia publiczne w sprawie zagospodarowania, takie jak to będące przedmiotem mniejszego postępowania, są ważne (tak zwana *validation législative*). W rezultacie

nie można w dalszym ciągu kwestionować ich zgodności z prawem z uwagi na brak przeprowadzenia postępowań przetargowych.

20. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jedynie do sądu krajowego należy ocena na podstawie szczególnych okoliczności danej sprawy, zarówno tego, czy do wydania wyroku konieczne jest wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak i znaczenia dla sprawy pytań prejudycjalnych przedstawionych Trybunałowi. Nieuwzględnienie przez Trybunał przedstawionego przez sąd krajowy wniosku jest możliwe jedynie wówczas, gdy *jest oczywiste*, że wykładnia prawa wspólnotowego, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku z rzeczywistością lub przedmiotem postępowania przed sądem krajowym lub że pytanie jest ogólne lub hipotetyczne oraz gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania¹². Poza takimi sytuacjami Trybunał jest co do zasady zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni norm prawa wspólnotowego¹³.

21. W niniejszym postępowaniu nie jest w żadnym razie *oczywiste*, iż pytania postawione przez sąd administracyjny w Lyonie,

12 — Zobacz między innymi wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 *Bosman*, Rec. str. I-4921, pkt 59–61, z dnia 18 listopada 2003 r. w sprawie C-216/01 *Budějovický Budvar*, Rec. str. I-13617, pkt 47, z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03 *VEMW i in.*, Zb.Orz. str. I-4983, pkt 34, i z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-344/04 *International Air Transport Association i in.*, Zb.Orz. str. I-403, pkt 24.

13 — Wyroki w sprawie *Bosman*, pkt 59, w sprawie *Budějovický Budvar*, pkt 47, i w sprawie *International Air Transport Association i in.*, pkt 24, przywołane w przypisie 12.

dotyczące wykładni dyrektywy 93/37, nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu przed sądem krajowym.

22. Jest bez wątpienia prawdą, że art. 11 ustawy nr 2005-809 retroaktywnie uznał ważność niektórych porozumień publicznych w sprawie zagospodarowania, nawet jeśli zostały one zawarte z pominięciem wymaganego postępowania przetargowego.

23. Przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym nie jest jednak w żadnym razie kwestia ważności *porozumienia* zawartego pomiędzy gminą Roanne a SEDL, lecz zagadnienie ważności *uchwały rady gminy*, z góry upoważniającej mera Roanne do podpisania tego porozumienia. Chodzi zatem zasadniczo o wewnętrzny spór w obrębie gminny, dotyczący przede wszystkim uprawnień organów gminy Roanne¹⁴. W celu rozstrzygnięcia tego sporu istotne może być, jakie wymogi europejskiego prawa zamówień publicznych należałoby uwzględnić, nawet gdyby względem

osób trzecich porozumienie zawarte z SEDL było ważne. W każdym razie nie wydaje się z góry wykluczone, że stwierdzenie nieważności uchwały rady gminy jest możliwe nawet wówczas, gdy zawarte na jej podstawie ze spółką na rzecz rozwoju gminy porozumienie publiczne w sprawie zagospodarowania nie podlega zaskarżeniu przed sądem. Ponadto obowiązek zbadania skutków ewentualnej nieważności uchwały rady gminy dla ważności porozumienia między gminą Roanne i SEDL spoczywa wyłącznie na sądach krajowych.

24. Zarzut gminy Roanne podważający dopuszczalność pytań prejudycjalnych jest zatem bezzasadny.

25. Zdaniem rządu francuskiego pytania prejudycjalne nie mają ponadto znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ odnoszą się do porozumienia publicznego w sprawie zagospodarowania. W rzeczywistości realizacja gminnego parku rozrywki, takiego jak ten będący przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie stanowi w żadnym razie operacji zagospodarowania. Pytania przedstawione Trybunałowi miałyby zatem charakter czysto hipotetyczny.

26. Również niniejszy zarzut nie jest przekonujący. Nie ma mianowicie znaczenia, jak

14 — Z uwagi na fakt, iż postępowanie przed sądem krajowym nie dotyczyło kwestii ważności porozumienia publicznego w sprawie zagospodarowania, sąd krajowy również nie musi rozstrzygać, czy powinien odmówić stosowania art. 11 ustawy nr 2005-809 w przypadku jego niezgodności z prawem wspólnotowym (w przedmiocie obowiązku niestosowania przez sądy krajowe przepisów niezgodnych z prawem wspólnotowym zob. utrwalone orzecznictwo od chwili wyroku z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 Simmenthal, Rec. str. 629, pkt 21 i 24, ostatnio potwierdzone w wyroku z dnia 3 maja 2005 r. w sprawach połączonych C-387/02, C-391/02 i C-403/02 Berlusconi i in., Zb.Orz. str. I-3565, pkt 72 wraz z przywołanym orzecznictwem).

według prawa krajowego należało zakwalifikować porozumienie zawarte z SEDL, a także czy gmina Roanne oraz sąd krajowy słusznie lub niesłusznie zakładają, iż jest to porozumienie publiczne w sprawie zagospodarowania¹⁵. W postępowaniu na podstawie art. 234 WE Trybunał może bowiem dokonywać jedynie wykładni prawa wspólnotowego, nie należy do niego wykładnia przepisów prawa krajowego ani też rozstrzyganie, czy wykładnia prawa krajowego dokonana przez sąd krajowy jest prawidłowa¹⁶. Do zadań Trybunału należy zatem uwzględnienie kontekstu faktycznego i prawnego, w który wpisują się pytania prejudycjalne, tak jak został określony przez sąd krajowy¹⁷.

sporu dotyczącego ważności uchwały rady gminy Roanne, tak że nie można ich w żaden sposób traktować jako hipotetyczne.

28. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest zatem dopuszczalny.

B — Ocena treści pytań prejudycjalnych

27. Nawet gdyby w rzeczywistości nie można było uznać porozumienia między gminą Roanne a SEDL za porozumienie publiczne w sprawie zagospodarowania, Trybunał posiada w niniejszym przypadku wystarczające informacje dotyczące stanu faktycznego i prawnego w sporze przed sądem krajowym, aby udzielić sądowi krajowemu konstruktywnej odpowiedzi na zadane przez niego pytania w przedmiocie wykładni dyrektywy 93/37. Jak już stwierdzono powyżej, pytania te powstają również przy okazji konkretnego

1. W przedmiocie pytania pierwszego: pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane

29. W pytaniu pierwszym sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 dyrektywy 93/37 występuje w sytuacji, w której pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej, w ramach działań na rzecz rozwoju gminy, zaprojektowanie i wykonanie parku rozrywki, z którego tylko niektóre części są przeznaczone po jego wybudowaniu dla pierwszej instytucji zamawiającej, podczas gdy inne części mają zostać sprzedane przez drugą instytucję zamawiającą bezpośrednio osobom trzecim, przy czym pierwsza instytucja zamawiająca z chwilą zakończenia projektu przejmuje niesprzedane części oraz ponosi całkowite ryzyko finansowe.

15 — Podobnie również wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-8831, pkt 36. Zgodnie z tym wyrokiem nie jest konieczne badanie, jak zakwalifikowana jest określona umowa w prawie krajowym w celu ustalenia, czy dana umowa jest zamówieniem publicznym w rozumieniu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

16 — Wyroki: z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze, Zb.Orz. str. I-289, pkt 63, i z dnia 12 stycznia 2006 r. w sprawie C-246/04 Turn- und Sportunion Waldburg, Zb.Orz. str. I-589, pkt 20.

17 — Wyroki w sprawie Turn- und Sportunion Waldburg, przywołany w przypisie 16, pkt 21, i z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie C-28/04 Tod's oraz Tod's France, Zb.Orz. str. I-5781, pkt 14 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

30. Z definicji zawartej w art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 wynika, że zamówienie publiczne na roboty budowlane odnosi się do określonych robót budowlanych, opisanych szczegółowo w tej dyrektywie, będących przedmiotem umowy o charakterze odpłatnym, zawartej na piśmie między instytucją zamawiającą a wykonawcą.

a) Przedmiot umowy: odróżnienie względem zamówień publicznych na usługi i innych zamówień publicznych

— wykonanie albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie obiektu budowlanego; przy czym obiekt budowlany rozumiany jest jako wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną [art. 1 lit. c) dyrektywy 93/37]; lub

— wykonanie [przez osoby trzecie²⁰], za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą.

31. Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 przedmiotem zamówienia publicznego na roboty budowlane mogą być następujące trzy rodzaje robót budowlanych¹⁸:

— wykonanie albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie robót budowlanych związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II dyrektywy 93/37¹⁹;

32. Według informacji sądu krajowego gminny park rozrywki planowany w Roanne powinien obejmować w szczególności kompleks kinowy i obiekty handlowe, a ponadto parking publiczny, drogi dojazdowe i powierzchnie publiczne; kolejny etap przewidywał wybudowanie innych obiektów handlowych oraz hotelu.

33. Realizacja takiego parku rozrywki wymaga wykonania robót budowlanych wszystkich trzech rodzajów, o których mowa w art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37. Po pierwsze, chodzi o roboty budowlane, których wykonanie w sposób konieczny wiąże się

18 — Zobacz także wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti i in.*, zwany wyrokiem w sprawie „Mediolańska Scala”, Rec. str. I-5409, pkt 58.

19 — Załącznik II do dyrektywy 93/37 zawiera wykaz działalności zawodowych, odpowiadających statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (NACE). Zawiera on między innymi pozycję NACE 501.1 „ogólne wznoszenie budynków mieszkalnych i niemieszkalnych”, będącą częścią grupy NACE 501, „budowa domów w stanie surowym”.

20 — Inne wersje językowe dyrektywy nie zawierają wyraźnego sformułowania „przez osoby trzecie”.

z wieloma rodzajami działalności określonymi w załączniku II do dyrektywy 93/37²¹. Po drugie, w niniejszym przypadku SEDL realizuje budowę parku rozrywki, korzystając ze świadczeń przedsiębiorstw trzecich, według dokładnie określonych przez gminę Roanne wymogów²², jak również pod jej kontrolą²³. Po trzecie, park rozrywki taki jak omawiany w niniejszym przypadku stanowi również wynik całości robót budowlanych, który uwzględniając cel, jakim jest poprawa infrastruktury miejskiej²⁴, spełnia funkcję gospodarczą²⁵; w rezultacie mamy do czynienia z obiektem budowlanym w rozumieniu art. 1 lit. a) w związku z lit. c) dyrektywy 93/37²⁶. Każdy z tych trzech aspektów pozwala przyjąć, że realizacja parku rozrywki takiego jak planowany przez gminę Roanne zasadniczo objęta jest przedmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 93/37.

34. W każdym razie zawarte w niniejszym przypadku między gminą Roanne a SEDL publiczne porozumienie w sprawie zagospodarowania, biorąc pod uwagę jego przedmiot, wykracza poza zwyczajne *wykonanie*

gminnego parku rozrywki. SEDL zlecono między innymi: dokonanie zakupu nieruchomości i poszukiwanie funduszy, dostarczenie określonej dokumentacji z zakresu księgowości, zlecenie przeprowadzenia analiz, organizację postępowania konkursowego, jak również zapewnienie koordynacji operacji oraz informowanie gminy. Poza tym spółka zobowiązana była sprzedać znaczną część planowanych obiektów budowlanych.

35. Wraz z tymi dodatkowymi zadaniami w umowie między gminą Roanne a SEDL znalazły się również elementy dotyczące świadczenia usług. W tym kontekście pojawia się kwestia odróżnienia z jednej strony zamówień publicznych na roboty budowlane, z drugiej zaś zamówień publicznych na usługi w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50²⁷. Na powyższe zagadnienie zwracało uwagę również wielu uczestników biorących udział w postępowaniu przed Trybunałem.

36. Spośród tych elementów charakterystycznych dla świadczenia usług jedynie *zaprojektowanie* obiektu budowlanego objęte jest wyraźnie przedmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 93/37, o ile zamówienie odnosi się *jednocześnie* do

21 — Zobacz powyżej, pkt 31 tiret pierwsze niniejszej opinii.

22 — Zobacz powyżej, pkt 31 tiret trzecie niniejszej opinii. Zobacz poza tym poniżej, pkt 52, 53 niniejszej opinii.

23 — Z postanowienia odsyłającego wynika w tym względzie w szczególności, że projekty SEDL powinny zostać przedłożone gminie Roanne do zatwierdzenia, jak również, iż gmina Roanne może domagać się od SEDL przedłożenia jej wszystkich dokumentów, może nadzorować plac budowy i mieć na niego wstęp oraz przedstawiać SEDL swoje zastrzeżenia.

24 — W postanowieniu odsyłającym operacja jest wyraźnie określona jako działanie na rzecz rozwoju gminy.

25 — Podobnie — w odniesieniu do budowy odcinka autostrady — wyroki: z dnia 12 września 2000 r. w sprawie C-276/97 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-6251, pkt 32, i z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom, niepublikowany w Zbiorze, pkt 28.

26 — Zobacz powyżej, pkt 31 tiret drugie niniejszej opinii.

27 — 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, zwana dalej „dyrektywą 92/50”). Dyrektywa ta została uchylona i zastąpiona dyrektywą 2004/18/WE, która jednak obowiązuje dopiero od dnia 31 stycznia 2006 r. i w rezultacie nie ma znaczenia w postępowaniu przed sądem krajowym.

zaprojektowania i wykonania robót budowlanych [zob. art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37]. Jest tak w przypadku porozumienia publicznego w sprawie zagospodarowania takiego jak to, które zostało zawarte między gminą Roanne a SEDL, gdyż SEDL zlecono wyraźnie zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych.

37. Na podstawie wszystkich pozostałych elementów związanych ze świadczeniem usług stwierdzić należy, iż mamy do czynienia z *umową mieszaną*, której kwalifikacja prawna zależy od jej dominującego elementu. Zamówienie publiczne na roboty budowlane występuje jedynie wówczas, gdy zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego stanowi — w porównaniu do pozostałych zadań zleceńbiorky — główny przedmiot umowy; zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego nie mogą mieć jedynie dodatkowego charakteru²⁸.

38. Dokonanie tej oceny należy do sądu krajowego²⁹. Trybunał może jednak przekazać sądowi krajowemu wskazówki dotyczące wykładni, które ułatwią mu podjęcie decyzji i na których sąd ten ma się oprzeć³⁰.

28 — Podobnie motyw szesnasty dyrektywy 92/50, którego treść została potwierdzona również w motywie 10 dyrektywy 2004/18. W przedmiocie wymogu rozważenia dominującego elementu w celu rozgraniczenia przedmiotowego zakresu stosowania dyrektywy 93/37 i pozostałych dyrektyw z zakresu zamówień publicznych zob. także wyrok z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Rec. str. I-1329, pkt 26–29.

29 — Wyrok w sprawie Gestión Hotelera Internacional, przywołany w przypisie 28, pkt 28; zob. także wyrok z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-265/04 Bouanich, Zb.Orz. str. I-923, pkt 54.

30 — Utrwalone orzecznictwo; zob. np. wyrok w sprawie Mediolańska Scala, przywołany w przypisie 18, pkt 48.

39. Zasadniczo wartość uzgodnionych świadczeń może stanowić punkt odniesienia dla ustalenia głównego przedmiotu umowy mieszanej, a także dla oceny znaczenia jej poszczególnych elementów. W zakresie, w jakim można ustalić indywidualną cenę za poszczególne świadczenia mające być wykonane, należy porównać wartość prac projektowych i budowlanych z pozostałymi świadczeniami, które należy wykonać. W każdym razie zamówienie powinno być ponadto poddane w całości obiektywnej ocenie. Dopiero na tej podstawie można stwierdzić, czy prace budowlane stanowią główny przedmiot umowy nie tylko z punktu widzenia ilościowego, lecz również jakościowego³¹.

40. W niniejszym przypadku nie jest znana przewidywana wartość poszczególnych świadczeń, jakie miała wykonać SEDL³². Zależy to wyłącznie od obiektywnej całkowitej oceny zamówienia: SEDL w ramach

31 — Podczas gdy odróżnienie pojęć zamówień publicznych na usługi i na dostawy zgodnie z art. 2 dyrektywy 92/50 opiera się wyłącznie na wartości usług i produktów będących przedmiotem zamówienia (zob. w tym zakresie wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. str. I-4137, pkt 31), to w przypadku odróżnienia pojęć zamówień publicznych na usługi oraz na roboty budowlane brakuje przepisu będącego jego odpowiednikiem. W tym ostatnim przypadku motyw szesnasty dyrektywy 92/50 opiera się na *kryteriach jakościowych* (roboty budowlane muszą „przesądzać[ć] o celu [stanowiąc przedmiot] zamówienia”); takie oparcie się na kryteriach jakościowych jeszcze wyraźniej widać w motywie 10 dyrektywy 2004/18, gdzie jest mowa o tym, że „roboty [...] mają charakter dodatkowy w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie”.

32 — Jedynie w przypadku parkingu publicznego, przeznaczonego dla gminy Roanne, jest ustalona cena jednostkowa. Poza tym przewidziany został jedynie udział gminy Roanne w całkowitym finansowaniu całej operacji. Ponadto gmina Roanne wyraziła zgodę na przejęcie z chwilą zakończenia projektu niesprzedanych osobom trzecim części parku rozrywki, jak również na wstąpienie w istniejące w tym zakresie zobowiązania umowne.

działań na rzecz rozwoju gminy powierzone wykonanie gminnego parku rozrywki. Zadanie polegające na zakupie nieruchomości oraz poszukiwaniu funduszy służyło jedynie przygotowaniu tej operacji. To samo odnosi się do organizacji postępowania konkursowego na wybór inżyniera, który miała przeprowadzić spółka SEDL. Ponadto w odniesieniu do zadania koordynacji operacji, obowiązku informowania gminy i przedłożenia dokumentacji z zakresu księgowości, chodzi wyraźnie o obowiązki dodatkowe, powstałe jedynie przy okazji rzeczywistego zaprojektowania i wykonania przez SEDL parku rozrywki. Sprzedaż dużych części parku rozrywki w porównaniu z jego zaprojektowaniem i wykonaniem również wydaje się zadaniem o dodatkowym charakterze.

41. Sąd krajowy słusznie zatem przyjmuje, że nie można uznać, iż wykonanie obiektów budowlanych takich jak będących przedmiotem sporu w niniejszym przypadku ma wyłącznie dodatkowy charakter z uwagi na rodzaj i znaczenie pozostałych zamierzonych prac. Według przedstawionych Trybunałowi informacji co do okoliczności faktycznych w postępowaniu przed sądem krajowym zaprojektowanie i wykonanie gminnego parku rozrywki stanowi raczej istotę zamówienia udzielonego SEDL przez gminę Roanne.

42. Przeciwno zakwalifikowaniu porozumienia takiego jak w niniejszym przypadku jako zamówienia na roboty budowlane nie przemawia w szczególności okoliczność, iż planowany park rozrywki został przewidziany w ramach działań na rzecz rozwoju gminy, jak również że na własność gminy

miała przejść po jego wybudowaniu jedynie stosunkowo niewielka część tego parku rozrywki, a mianowicie parking publiczny, drogi dojazdowe i powierzchnie publiczne, podczas gdy pozostałe obiekty budowlane przeznaczone zostały do sprzedaży osobom trzecim. Pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane nie zależy bowiem od przeznaczenia planowanego obiektu. Trybunał orzekł także, iż pojęcie to nie ogranicza się wyłącznie do zamówień mających na celu zaspokajanie potrzeb interesu ogólnego³³. Nie miałyby zatem znaczenia, czy instytucja zamawiająca sama chce użytkować planowany obiekt, czy też zamierza pozostawić go do dyspozycji społeczności lub osób trzecich.

43. Artykuł 1 lit. a) dyrektywy 93/37 należy raczej interpretować w świetle celu tych uregulowań³⁴, zgodnie z którym należy dążyć do zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane oraz otwarcia tych rynków na rzeczywistą konkurencję³⁵. Realizacja tych celów może być również zagrożona, jeśli instytucja zamawiająca zleci budowę obiektu, który całkowicie lub częściowo — na przykład

33 — Wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. str. I-73, pkt 32; podobnie wyroki: z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. str. I-11197, pkt 18, i z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1, pkt 26.

34 — Wyrok w sprawie Mediolańska Scala, przywołany w przypisie 18, pkt 52, 54, 75.

35 — Zobacz w szczególności motyw drugi i dziesiąty dyrektywy 93/37, jak również wyroki: w sprawie Mediolańska Scala, przywołany w przypisie 18, pkt 52, 75, z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Impresa Lombardini, Rec. str. I-9233, pkt 34, 35, z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau, Rec. str. I-11617, pkt 51, 89, i z dnia 7 października 2004 r. w sprawie C-247/02 Sintesi, Zb.Orz. str. I-9215, pkt 35, podobnie wyrok w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, przywołany w przypisie 31, pkt 58.

w ramach działań na rzecz zagospodarowania i rozwoju gminy bądź też z powodów związanych z polityką społeczną — przeznaczony jest do korzystania przez ogół społeczności bądź podmioty prywatne. Ryzyko zakłócenia konkurencji wskutek faworyzowania niektórych uczestników rynku względem innych istnieje zawsze wtedy, gdy instytucja zamawiająca zleca wykonawcy wykonanie robót budowlanych, niezależnie od przyczyn i kontekstu realizacji obiektu i jego przeznaczenia.

44. Fakt, że SEDL powierzono wyszukanie gruntu oraz że gmina Roanne nabędzie od SEDL przeznaczone dla niej części parku rozrywki — parking publiczny, drogi dojazdowe i powierzchnie publiczne — dopiero *po ich ukończeniu*³⁶, nie powoduje, iż publiczne porozumienie w sprawie zagospodarowania takie jak w niniejszym przypadku wymyka się spod przedmiotowego zakresu stosowania dyrektywy 93/37. Według przekazanych informacji przedmiotem porozumienia między gminą Roanne a SEDL w żadnym razie nie jest jedynie przekazanie gotowego parku rozrywki, lecz także wcześniejsze zaprojektowanie i wykonanie obiektu zgodnie z wymogami określonymi przez gminę, do czego SEDL wyraźnie zobowiązała się w umowie. Natomiast gmina Roanne ze swej strony nie zdecydowała się jedynie na kupno gotowego obiektu, lecz zleciła wcześniej jego realizację.

45. Z tego samego powodu nie można też zakwalifikować spornego porozumienia jako *zamówienia publicznego na dostawę* w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36³⁷. Jak już stwierdziłam, konieczne w niniejszym przypadku prace projektowe i budowlane nie są w żadnym razie jedynie dodatkowymi świadczeniami, lecz stanowią istotę zawartego porozumienia. W tym konkretnym przypadku przepisy dotyczące zamówień publicznych na roboty budowlane są regulacją szczególną³⁸.

46. Wreszcie z faktu, że SEDL może sprzedać dużą część parku rozrywki bezpośrednio osobom trzecim, nie można wywnioskować, że mamy do czynienia z *koncesją na roboty budowlane* w rozumieniu art. 1 lit. d) dyrektywy 93/37. Wprawdzie trójstronna więź między gminą Roanne, SEDL i nabywającymi podmiotami trzecimi, których zapłata w dużej części składa się na wynagrodzenie SEDL, może z pewnością przypominać koncesję. Koncesja publiczna wyróżnia się jednak dodatkowo tym, że podmiot zawierający umowę z instytucją zamawiającą ponosi gospodarcze ryzyko operacji³⁹. W niniejszym przypadku brak jest tego elementu, gdyż gmina Roanne zobowiązała się w umowie,

36 — W prawie francuskim jest to tak zwana *vente en l'état futur d'achèvement*.

37 — Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawę (Dz.U. L 199, str. 1; zwana dalej „dyrektywą 93/36”). Dyrektywa ta została uchylona i zastąpiona dyrektywą 2004/18/WE, zmiana ta obowiązuje jednak dopiero od dnia 31 stycznia 2006 r. i w rezultacie nie ma znaczenia w postępowaniu przed sądem krajowym.

38 — Artykuł 1 lit. a) zdanie drugie dyrektywy 93/36; zob. również wyrok w sprawie Gestión Hotelera Internacional, przywołany w przypisie 28, pkt 25, 26.

39 — Podobnie — w przedmiocie rozróżnienia pomiędzy zamówieniami publicznymi na usługi a koncesjami na świadczenie usług publicznych — wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8585, pkt 40.

iż z chwilą zakończenia projektu przejmie niesprzedane części parku rozrywki, a oprócz tego ponosić będzie ryzyko finansowe projektu.

i później — częściowo — sprzedany gminie Roanne, nie wyklucza uznania gminy za instytucję udzielającą zamówienia na roboty budowlane⁴⁰.

47. W tym kontekście porozumienie takie jak zawarte między gminą Roanne a SEDL należy zgodnie z jego przedmiotem zakwalifikować jako zamówienie publiczne na roboty budowlane, które jest objęte przedmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 93/37.

b) Umowa o charakterze odpłatnym, zawarta na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą

48. Zamówienie publiczne na roboty budowlane zakłada ponadto zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, że wykonanie obiektów budowlanych zostało uzgodnione w zawartej na piśmie umowie o charakterze odpłatnym między instytucją zamawiającą a wykonawcą.

49. Gmina Roanne jako jednostka samorządu terytorialnego jest *instytucją zamawiającą* [zob. art. 1 lit. b) dyrektywy 93/37]. Fakt, że park rozrywki mógłby najpierw zostać wykonany przez SEDL w jej własnym imieniu

50. Pojęcie *wykonawcy* [*przedsiębiorcy budowlanego*] nie zostało w dyrektywie 93/37 bliżej zdefiniowane. W prawie konkurencji pojęcie przedsiębiorstwa obejmuje każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania, przy czym działalność gospodarczą stanowi każda działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku⁴¹. Tę definicję można zastosować również do prawa zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z celem dyrektywy 93/37, jakim jest zapewnienie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług dla umożliwienia rozwoju rzeczywistej konkurencji w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane⁴², pojęcie wykonawcy należy również w tym zakresie rozumieć w sposób szeroki. Potwierdza to również mająca znaleźć zastosowanie w przyszłości definicja prawna zawarta w art. 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorcą budowlanym, w rozumieniu prawa zamówień, jest każda osoba fizyczna lub prawna, podmiot publiczny lub ich grupa, którzy oferują na rynku wykonanie danych świadczeń.

40 — Wyrok w sprawie Mediolańska Scala, przywołany w przypisie 18, pkt 95.

41 — Utrwalone orzecznictwo; zob. ostatnio wyroki: w sprawie Cassa di risparmio di Firenze, przywołany w przypisie 16, pkt 107, 108, i z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie C-237/04 Enirisorse, Zb.Orz. str. I-2843, pkt 28, 29, oraz przytoczone tam orzecznictwo.

42 — Motyw drugi i motyw dziesiąty zdanie pierwsze dyrektywy 93/37. Zobacz także pkt 43 niniejszej opinii.

51. Rynek świadczeń związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem robót budowlanych — takich na jakie zapotrzebowanie wyraziła w niniejszym przypadku gmina Roanne — istnieje. Jako oferenci mogą występować na tym rynku, oprócz prywatnych wykonawców, również spółki o kapitale mieszanym na rzecz rozwoju gminy. Taka spółka może być zatem wykonawcą w rozumieniu dyrektywy 93/37.

52. Fakt, że spółka na rzecz rozwoju gminy taka jak SEDL nie może zapewnić wykonania i realizacji obiektów budowlanych własnymi środkami oraz że nie zapewnia tego, lecz jest uzależniona w znaczącym lub pełnym zakresie od świadczeń podwykonawców, nie powoduje tym samym, że nie można uznać jej za wykonawcę⁴³. Zgodnie z rzeczonym przepisem obiekt budowlany może być wykonany „za pomocą jakichkolwiek środków”⁴⁴. Fakt, że obejmuje to również korzystanie z podwykonawców, wynika szczególnie wyraźnie z niemieckiej wersji językowej tego przepisu, który mówi o wykonaniu obiektu budowlanego „przez osoby trzecie”.

53. W sytuacji gdy spółka na rzecz rozwoju gminy proponuje zaprojektowanie i realizację obiektu budowlanego, nawet gdy następuje to przy udziale podwykonawcy, jest ona wykonawcą w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy

93/37. W takim wypadku spółka na rzecz rozwoju gminy jest więcej niż tylko pełnomocnikiem (w języku francuskim „mandataire”) instytucji zamawiającej, którego zadanie ogranicza się do pomocy przy wyszukiwaniu odpowiednich wykonawców oraz prowadzenia działań koordynujących. Każdy kto sam zobowiązuje się do zaprojektowania i wykonania obiektu budowlanego⁴⁵, jest wykonawcą w rozumieniu dyrektywy 93/37.

54. Status wykonawcy w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 nie zakłada zresztą konieczności chęci osiągnięcia zysku. Wynika to bowiem z faktu, iż zamówienia publiczne mogą zostać udzielone również instytucji zamawiającej⁴⁶. W momencie gorszej sytuacji na rynku zamówień, nawet prywatne przedsiębiorstwa mogą być zainteresowane przyjęciem zamówień, co do których nie oczekują żadnego zysku, bądź spodziewają się jedynie niewielkiego zysku, aby w ten sposób móc przynajmniej pokryć swoje koszty stałe. W tym kontekście fakt, że SEDL zobowiązała się w publicznym porozumieniu w sprawie zagospodarowania do tego, by odprowadzić do gminy Roanne ewentualną nadwyżkę wynikłą z realizacji i sprzedaży parku rozrywki, nie wyklucza tym samym, że jest ona wykonawcą⁴⁷.

43 — Wyrok w sprawie Mediolańska Scala, przywołany w przepisie 18, pkt 90. W przedmiocie włączenia podwykonawców zob. również — w związku z zamówieniami publicznymi na usługi — wyroki: z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 *Holst Italia*, Rec. str. I-8607, pkt 26 i nast., oraz w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, przywołany w przepisie 33, pkt 18.

44 — Zobacz w tym zakresie również powyżej, pkt 31 tiret trzecie niniejszej opinii.

45 — W publicznym porozumieniu w sprawie zagospodarowania (zob. tamże art. 2 ust. 4) SEDL wyraźnie zobowiązała się do zrealizowania obiektów budowlanych: „[...] l'aménageur s'engage, pour sa part, à [...] réaliser la construction des volumes, y compris les parkings, [...]”.

46 — Wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal*, Rec. str. I-8121, pkt 50 zdanie drugie, i z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 *ARGE*, Rec. str. I-11037, pkt 40; podobnie wyroki w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, przywołany w przepisie 33, pkt 18, 19, i z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 *Komisja przeciwko Hiszpanii*, Zb.Orz. str. I-139, pkt 38–40.

47 — Artykuł 22 akapit drugi publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania.

55. W wyniku porozumienia w sprawie zagospodarowania z dnia 25 listopada 2002 r. doszło do zawarcia *pisemnej umowy* między gminą Roanne a SEDL. Okoliczność, iż porozumienie w sprawie zagospodarowania ma charakter publicznoprawny i zezwala SEDL na wykonywanie w razie potrzeby określonych uprawnień władzy publicznej, takich jak przeprowadzenie wywłaszczeń, nie przemawia przeciwko zaklasyfikowaniu go jako *umowy* w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37⁴⁸.

56. W niniejszym przypadku nie wchodzi również w rachubę zamówienie *in-house* lub *quasi-in-house*⁴⁹ w rozumieniu orzecznictwa w sprawie Teckal⁵⁰, gdyż SEDL jest spółką o kapitale mieszanym i jednostki samorządu terytorialnego będące jej udziałowcami nie mogą sprawować nad nią kontroli analogicznej do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami⁵¹.

57. Umowa ma zawsze charakter *odpłatny*, w sytuacji gdy instytucja zamawiająca zobowiązana jest do świadczenia wzajemnego

względem wykonawcy, w zamian za świadczenia, które ma on wykonać⁵². Zgodnie z celem dyrektywy 93/37, jakim jest otwarcie rynków zamówień publicznych na roboty budowlane, a także przyczynienie się do realizacji swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w tym zakresie⁵³, pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko. Obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj zobowiązania, które instytucja zamawiająca akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia na roboty budowlane, na przykład zobowiązanie do określonego udziału w finansowaniu projektu lub pokrycia ewentualnych strat powstałych podczas jego wykonywania.

58. W niniejszym przypadku gmina Roanne zobowiązała się nie tylko do zapłaty kwoty 2 925 000 EUR za przeniesienie praw do parkingu publicznego. Wyraziła ona również zgodę na udział w finansowaniu całości planowanych obiektów budowlanych, który według wstępnych szacunków wynosił 2 443 103 EUR z tytułu pierwszej części operacji i 3 034 341 EUR w skali całego projektu. Oprócz tego w porozumieniu przewidziano, że z chwilą zakończenia projektu gmina Roanne z mocy samego prawa stanie się właścicielem gruntów i obiektów budowlanych, które nie zostały jeszcze sprzedane osobom trzecim, przy czym gmina Roanne zapewni również wykonanie trwających jeszcze umów i przejmie zaciągnięte przez SEDL zobowiązania. Wszystkie te zobowiązania mają charakter świadczenia

48 — Wyrok w sprawie Mediolańska Scala, przywołany w przypisie 18, pkt 73.

49 — Zobacz w tym zakresie pkt 2 mojej opinii z dnia 1 marca 2005 r., w sprawie Parking Brixen, wyrok przywołany w przypisie 39.

50 — Wyroki: w sprawie Teckal, przywołany w przypisie 46, pkt 50 zdanie drugie, z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie C-349/97 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. str. I-3851, pkt 204 zdanie czwarte, w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, przywołany w przypisie 33, pkt 49 zdanie drugie, z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, przywołany w przypisie 46, pkt 38, z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. str. I-9705, pkt 34, i w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, przywołany w przypisie 31, pkt 33, zob. również — w sytuacjach wykraczających poza zakres stosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych — wyroki w sprawie Parking Brixen, przywołany w przypisie 39, pkt 58, 59, 62, i z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. str. I-3303, pkt 24 i nast.

51 — Wyroki: w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, przywołany w przypisie 33, pkt 49, w sprawie Komisja przeciwko Austrii, przywołany w przypisie 50, pkt 46, i w sprawie ANAV, przywołany w przypisie 50, pkt 31.

52 — Podobnie wyrok w sprawie Mediolańska Scala, przywołany w przypisie 18, pkt 77.

53 — Motyw drugi i motyw dziesiąty zdanie pierwsze dyrektywy 93/37. Zobacz również pkt 43 niniejszej opinii.

wzajemnego instytucji zamawiającej w zamian za zaprojektowanie i realizację przez SEDL parku rozrywki. Publiczne porozumienie w sprawie zagospodarowania, takie jak omawiane, jest zatem umową o charakterze odpłatnym.

2. W przedmiocie pytania drugiego: obliczanie progów

60. Drugie pytanie sądu krajowego dotyczy wartości zamówienia dla potrzeb art. 6 dyrektywy 93/37 zmienionej dyrektywą 97/52.

c) Wniosek wstępny

59. Publiczne porozumienie w sprawie zagospodarowania takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym spełnia zatem wszystkie wymogi zamówienia publicznego na roboty budowlane. Na pierwsze pytanie prejudycjalne należy zatem odpowiedzieć w następujący sposób:

Zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 dyrektywy 93/37 występuje, w sytuacji gdy pierwsza instytucja zamawiająca w ramach działań na rzecz rozwoju gminy zobowiązuje drugą instytucję zamawiającą do zaprojektowania i realizacji parku rozrywki, z którego tylko poszczególne części po jego wybudowaniu są przeznaczone dla pierwszej instytucji zamawiającej, podczas gdy inne części mają zostać sprzedane przez drugą instytucję zamawiającą bezpośrednio osobom trzecim, przy czym pierwsza instytucja zamawiająca z chwilą zakończenia projektu przejmuje niesprzedane części oraz ponosi ogólne ryzyko finansowe.

61. W niniejszym przypadku trudność w określeniu wartości zamówienia wynika stąd, iż na przychody SEDL pochodzące z zaprojektowania i budowy parku rozrywki składa się wiele elementów: po pierwsze, gmina Roanne ma zapłacić SEDL kwotę w wysokości 2 925 000 EUR za wybudowanie parkingu publicznego. Po drugie, gmina Roanne dofinansowuje całość planowanych obiektów budowlanych, w kwocie szacowanej na 2 443 103 EUR z tytułu pierwszej części operacji i 3 034 341 EUR w skali całego projektu. Po trzecie, SEDL osiąga przychód ze sprzedaży osobom trzecim tych części parku rozrywki, które nie były przeznaczone dla gminy Roanne; publiczne porozumienie w sprawie zagospodarowania szacuje, iż środki uzyskane z tytułu sprzedaży wyniosą 8 099 000 EUR.

62. Sąd krajowy chce w istocie ustalić, które z tych elementów należy uwzględnić przy obliczaniu wartości zamówienia; w niniejszym przypadku zależy od tego, czy przekroczono próg 5 000 000 SRD. Artykuł 6 dyrektywy 93/37 nie wypowiada się w tej kwestii.

Jednakże z celów dyrektywy można wywieść istotne kryteria, które należy wziąć pod uwagę przy obliczaniu wartości zamówienia.

w ten sposób można ustalić, czy zamówienie publiczne może mieć szczególne znaczenie dla zagranicznego wykonawcy⁵⁷ i musi być zatem przedmiotem szczególnych postępowań przetargowych przewidzianych w tej dyrektywie w celach otwarcia rynku i konkurencji.

63. Jak już stwierdzono, ogólnym celem dyrektywy 93/37 jest realizacja swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz zapewnienie rzeczywistej konkurencji w zakresie zamówień publicznych⁵⁴. Próg ustanowiony w art. 6 tej dyrektywy umożliwia ustalenie zamówień publicznych na roboty budowlane, które mają szczególne znaczenie dla wykonawców z innych państw członkowskich⁵⁵. W celu zagwarantowania interesów takich wykonawców oraz ich równego traktowania względem oferentów krajowych dyrektywa 93/37 nakazuje przeprowadzenie szczególnych procedur przetargowych⁵⁶.

65. Z punktu widzenia potencjalnych oferentów istotna jest w tym kontekście przede wszystkim *całkowita wielkość* zamówienia publicznego na roboty budowlane, a zatem całkowity obrót, jaki może uzyskać wykonawca⁵⁸. W przypadku gdy zamówienie publiczne na roboty budowlane jest tego rodzaju, że dla instytucji zamawiającej przeznaczone są jedynie niektóre części planowanych obiektów budowlanych, a poza tym obiekt budowlany ma zostać sprzedany bezpośrednio osobom trzecim, przy obliczaniu wartości zamówienia należy uwzględnić również części przeznaczone dla osób trzecich.

64. Z tego powodu, w odniesieniu do art. 6 dyrektywy 93/37, decydujący jest punkt widzenia potencjalnych oferentów. Tylko

66. Nie jest natomiast istotne, czy ze środków instytucji zamawiającej pochodzi całość, czy też jedynie część obrotu, który ma uzyskać wykonawca, lub czy część przychodów zostanie uzyskana bezpośrednio od

54 — Motyw drugi i motyw dziesiąty zdanie pierwsze dyrektywy 93/37. Zobacz również pkt 43 niniejszej opinii.

55 — Zobacz podobnie motyw szósty dyrektywy 93/37.

56 — Także poniżej progu swobody podstawowe nakazują stworzenie minimalnego poziomu jawności (*zasada przejrzystości*, zob. w tym zakresie wyroki z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16–22; w sprawie Parking Brixen, przywołany w przypisie 39, pkt 46–50, i w sprawie ANAV, przywołany w przypisie 50, pkt 18–22), stawiając jednak mniejsze wymagania niż w zakresie stosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (zob. w tym zakresie moją opinię w sprawie Parking Brixen, przywołaną w przypisie 49, pkt 37).

57 — Ta kwestia podkreślona została również w wyroku z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-8315, pkt 44, 46, w odniesieniu do podobnej problematyki w ramach dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84).

58 — Na tym założeniu opiera się również art. 6 ust. 3–5 dyrektywy 93/37. Istotna jest łączna ocena obiektu lub zamówienia na roboty budowlane, przy czym należy unikać podziałów na części, które mogłyby spowodować, że obiekt lub zamówienie publiczne byłoby wyłączone w całości lub w części z postępowania przetargowego.

osób trzecich. Tak długo jak instytucja zamawiająca zleca całą operację wraz z ewentualnymi częściami przeznaczonymi dla osób trzecich i finansuje ją przynajmniej w części, istnieje niebezpieczeństwo dyskryminacji zagranicznych oferentów w odniesieniu do całej operacji, co powoduje zagrożenie dla osiągnięcia celów otwarcia rynku i konkurencji.

68. Gdyby natomiast przy dokonywaniu obliczeń nie uwzględniono, oprócz rzeczywistych zobowiązań gminy Roanne do zapłaty⁶⁰, dochodów uzyskanych od osób trzecich z tytułu sprzedaży w wysokości 8 099 000 EUR, lecz jedynie przyjęte w tym zakresie przez gminę zobowiązania⁶¹, wyliczona w ten sposób wartość zamówienia nie odzwierciedlałaby w pełni możliwych do uzyskania obrotów, a tym samym znaczenia tego zamówieniem na roboty budowlane dla potencjalnych oferentów.

69. W tym kontekście na drugie pytanie prejudycjalne należy udzielić następującej odpowiedzi:

67. Oznacza to, stosując powyższe uwagi do niniejszego przypadku, że uwzględnienie jedynie ceny, którą miała uiścić gmina Roanne za parking publiczny w wysokości 2 925 000 EUR i jej szacunkowego udziału finansowego w wysokości 3 034 341 EUR nie było wystarczające⁵⁹. Należało doliczyć ponadto wszystkie prawdopodobne przychody uzyskane przez wykonawcę przyjmującego zlecenie z tytułu sprzedaży osobom trzecim części parku rozrywki, tzn. dalsze 8 099 000 EUR. W omawianym przypadku jest tak tym bardziej z uwagi na fakt, że gmina Roanne poprzez ogólne dofinansowanie dotowała również części parku rozrywki przeznaczone dla osób trzecich.

Przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego dla potrzeb art. 6 dyrektywy 93/37, zmienionej dyrektywą 97/52, należy wziąć pod uwagę całkowitą wielkość zamówienia z punktu widzenia wykonawcy. Nie wystarcza uwzględnienie jedynie cen poszczególnych części obiektu budowlanego przekazanych instytucji zamawiającej, wysokości przekazanego przez nią dofinansowania, jak również ryzyka wynikającego z przyjętych przez nią zobowiązań.

59 — O ile wiadomo, od początku planowano, że wykonanie obu części inwestycji zostanie zlecone temu samemu przedsiębiorstwu. Decydujące jest zatem dofinansowanie przez gminę całej operacji (jak wynika a fortiori z art. 6 ust. 3 dyrektywy 93/37, zgodnie z którym należały dodać wartość poszczególnych części). Ponadto należałoby jeszcze uwzględnić kwotę 210 000 EUR wspomnianą w przepisie 10, którą powinni zapłacić pozostali uczestnicy projektu.

60 — A mianowicie 2 925 000 EUR na parking publiczny oraz dofinansowanie w wysokości 3 034 341 EUR na całą operację, zob. przypis 59.

61 — A mianowicie przejęcie przez gminę Roanne z mocy prawa części parku rozrywki, które w chwili zakończenia projektu nie zostały jeszcze sprzedane, a także wstąpienie we wszystkie bieżące zobowiązania.

3. W przedmiocie pytania trzeciego: możliwość pominięcia procedury przetargowej

70. W pytaniu trzecim sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy można pominąć procedury przetargowe przewidziane w dyrektywie 93/37, jeżeli na podstawie prawa krajowego omawiane porozumienie może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi, które będą z kolei zobowiązane do stosowania tych procedur celem udzielenia ewentualnych dalszych zamówień publicznych.

71. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyrektywy dotyczące zamówień publicznych należy stosować również wówczas, gdy wykonawca przyjmujący zlecenie sam jest instytucją zamawiającą⁶². Nawet w takim przypadku należy zasadniczo przeprowadzić procedury przetargowe.

72. Możliwe jest, że wykonawca przyjmujący zlecenie, na przykład gdy pełni funkcję głównego wykonawcy, sam będzie zobowiązany do przeprowadzenia procedur przetargowych w celu późniejszego wyboru podwykonawców. Jednakże takie dalsze procedury

przetargowe odnoszą się zazwyczaj jedynie do poszczególnych części całego zamówienia. Poza tym umowy zawierane z podwykonawcami mogą z powodu niskiej wartości zamówienia nie przekraczać obowiązujących progów, a tym samym znaleźć się poza zakresem stosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Oprócz tego główni wykonawcy, pełniący funkcję koordynującą byłiby w ten sposób w każdym przypadku zwolnieni z konieczności przeprowadzania procedur przetargowych. Ewentualne późniejsze procedury przetargowe w celu wyłonienia podwykonawców nie mogą zrównoważyć pierwotnego braku procedury przetargowej przeprowadzonej w celu udzielenia zamówienia głównemu wykonawcy.

73. Zachodzi to również w niniejszym przypadku. Przewidziano wprowadzić, iż SEDL powierzy określone zadania dotyczące zaprojektowania i wybudowania parku rozrywki gminy Roanne podwykonawcom i przeprowadzi w tym zakresie procedury przetargowe, jednakże w żaden sposób nie objęto tym postanowieniem wszystkich zadań przejętych przez SEDL na mocy publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania, w szczególności zadań koordynacyjnych i ogólnej odpowiedzialności za realizację parku rozrywki. Przedmiot publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania między gminą Roanne a SEDL nie pokrywa się więc z przedmiotem ewentualnych dalszych zamówień udzielanych podwykonawcom przez SEDL.

62 — Wyroki: w sprawie Teckal, przywołany w przypisie 46, pkt 42 zdanie drugie, pkt 51, i w sprawie ARGE, przywołany w przypisie 46, pkt 40, podobnie wyroki w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, przywołany w przypisie 33, pkt 18, 19, i w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, przywołany w przypisie 46, pkt 38–40.

74. Wszystko to przemawia za tym, że publiczne porozumienie dotyczące

zagospodarowania takie jak omawiane w niniejszym przypadku nie mogło zostać zawarte bez wcześniejszego przeprowadzenia procedury przetargowej.

75. Powyższego wniosku nie podważa również wyrok w sprawie *Mediolańska Scala*. W sprawie tej Trybunał uznał, iż nie było konieczne przeprowadzenie przez gminę procedur przetargowych przewidzianych w dyrektywie 93/37 przed udzieleniem zamówienia publicznego na roboty budowlane, stwierdzając, że skuteczność dyrektywy 93/97 będzie zapewniona w równym stopniu, jeżeli prawo krajowe umożliwia, aby administracja gminnej zobowiązała dewelopera, który uzyskał pozwolenie na budowę do zastosowania przez niego tych procedur⁶³.

76. Trybunał zauważył następnie, że takie stanowisko było uzasadnione jedynie szczególnymi okolicznościami, które wystąpiły w sprawie *Mediolańska Scala*; stan faktyczny tej sprawy charakteryzował się tym, iż właściciel gruntów objętych projektem deweloperskim i pozwolenia na budowę był z mocy prawa podmiotem, któremu udzielono zamówienia publicznego na roboty budowlane, a gmina jako instytucja zamawiająca nie mogła wybrać innego wykonawcy⁶⁴.

77. Nic nie wskazuje na to, by w niniejszym przypadku gmina Roanne posiadała tego rodzaju ograniczone możliwości wyboru kontrahenta, a SEDL była wyznaczona z mocy prawa jako podmiot, któremu udzielono zamówienia.

78. Zgodnie z ówczesnie obowiązującym prawem francuskim publiczne porozumienia w sprawie zagospodarowania mogły być zawierane jedynie z ograniczoną kategorią podmiotów. Z art. L. 300-4 akapit drugi kodeksu urbanistyki w poprzednio obowiązującym brzmieniu wynika bowiem, iż stronami porozumienia mogłyby być wyłącznie francuskie podmioty prawa publicznego oraz określone francuskie spółki o kapitale mieszanym. Nie oznacza to jednak, że — jak w przypadku sprawy *Mediolańska Scala* — z mocy prawa zamówienie mogło być udzielone tylko jednemu wykonawcy i że był on określony od początku.

79. Istnieje jeszcze inny powód, dla którego art. L. 300-4 akapit drugi kodeksu urbanistyki w poprzednio obowiązującym brzmieniu nie może uzasadniać pominięcia procedury przetargowej przewidzianej w dyrektywie 93/37. Ograniczając krąg ewentualnych stron porozumienia do nielicznej kategorii osób prawnych, które wyróżnia fakt, że są francuskimi podmiotami prawa publicznego lub też są przez takie podmioty kontrolowane, przepis ten uniemożliwia tym samym instytucji zamawiającej zawarcie publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania z zagranicznymi wykonawcami. W związku z tym niemożliwe jest otwarcie rynku w odniesieniu do znaczącej liczby zamówień na roboty budowlane. Jest to sprzeczne z celem

63 — Wyrok w sprawie *Mediolańska Scala*, przywołany w przypisie 18, pkt 100.

64 — Wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Francji*, przywołany w przypisie 15, pkt 57.

dyrektywy 93/37, jakim jest zniesienie ograniczeń swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane i otwarcie tych rynków na rzeczywistą konkurencję⁶⁵.

żadne wyłączne prawo, w rozumieniu tego przepisu, w odniesieniu do projektowania i budowy gminnych parków rozrywki.

80. Jedynie art. 6 dyrektywy 92/50 dopuszcza pominięcie procedury przetargowej, w przypadku gdy organowi będącemu jednocześnie instytucją zamawiającą udzielono zamówień publicznych na usługi na podstawie pewnych wyłącznych praw, które mu przysługują. Przepis ten z racji tego, że ustanawia wyjątek, podlega ścisłej wykładni⁶⁶ i nie może być w drodze analogii stosowany do innych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych⁶⁷. Ponadto, zgodnie z posiadanymi przeze mnie informacjami, spółkom o kapitale mieszanym na rzecz rozwoju gminy, takim jak SEDL, nie przysługuje

81. Nie jest konieczne w niniejszym przypadku rozstrzyganie kwestii, czy art. 11 dyrektywy 2004/18 może w przyszłości prowadzić do innych rozwiązań, gdyż okoliczności faktyczne sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym nie są objęte czasowym zakresem stosowania tej dyrektywy.

82. Na trzecie pytanie prejudycjalne należy zatem udzielić następującej odpowiedzi:

65 — Zobacz w szczególności motyw drugi i dziesiąty dyrektywy 93/37 oraz wyrażoną w art. 6 ust. 6 tej dyrektywy zasadę równego traktowania. Podobnie również wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, przywołany w przypisie 15, pkt 60, 61, 68.

66 — W przedmiocie zasady zweźającej wykładni wyjątków od reguł dotyczących zamówień publicznych zob. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, przywołany w przypisie 50, pkt 48, jak również wyroki w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, przywołany w przypisie 33, pkt 46, i wyrok w sprawie ANAV, przywołany w przypisie 50, pkt 26.

67 — Podobnie wyroki: w sprawie Teckal, przywołany w przypisie 46, pkt 44, i w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, przywołany w przypisie 31, pkt 33.

Nie można pominąć procedur przetargowych przewidzianych w dyrektywie 93/37 wyłącznie z tego powodu, iż na podstawie prawa krajowego omawiane porozumienie może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi, które będą z kolei zobowiązane do stosowania procedur przetargowych celem udzielenia ewentualnych dalszych zamówień publicznych.

VI — Wnioski

83. W kontekście powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał udzielił sądowi administracyjnemu w Lyonie następującej odpowiedzi:

- 1) Zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane występuje, w sytuacji gdy pierwsza instytucja zamawiająca w ramach działań na rzecz rozwoju gminy zobowiązuje drugą instytucję zamawiającą do zaprojektowania i realizacji parku rozrywki, z którego tylko poszczególne części po jego wybudowaniu są przeznaczone dla pierwszej instytucji zamawiającej, podczas gdy inne części mają zostać sprzedane przez drugą instytucję zamawiającą bezpośrednio osobom trzecim, przy czym pierwsza instytucja zamawiająca z chwilą zakończenia projektu przejmuje niesprzedane części oraz ponosi ogólne ryzyko finansowe.
- 2) Przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego dla potrzeb art. 6 dyrektywy 93/37, zmienionej dyrektywą 97/52, należy wziąć pod uwagę całkowitą wielkość zamówienia z punktu widzenia wykonawcy. Nie wystarcza uwzględnienie jedynie cen poszczególnych części obiektu budowlanego przekazanych instytucji zamawiającej, wysokości przekazanego przez nią dofinansowania, jak również ryzyka wynikającego z przyjętych przez nią zobowiązań.
- 3) Nie można pominąć procedur przetargowych przewidzianych w dyrektywie 93/37 wyłącznie z tego powodu, iż na podstawie prawa krajowego omawiane porozumienie może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi, które będą z kolei zobowiązane do stosowania procedur przetargowych celem udzielenia ewentualnych dalszych zamówień publicznych.