

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)  
z dnia 20 października 2005 r. \*

W sprawie C-264/03

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 17 czerwca 2003 r.,

**Komisja Wspólnot Europejskich**, reprezentowana przez B. Stromsky'ego, K. Wiednera i F. Simonetti, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

**Republique Francuskiej**, reprezentowanej przez G. de Berguesa oraz D. Petrauscha, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

\* Język postępowania: francuski.

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas (sprawozdawca), prezes izby, J. Malenovský, J.P. Puissochet,  
A. Borg Barthet i U. Lõhmus, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Poiares Maduro,  
sekretarz: K. Sztranc, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 października 2004 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 24 listopada 2004 r.,

wyduje następujący

**Wyrok**

- 1 Komisia Wspólnot Europejskich wnosi w skardze do Trybunału o stwierdzenie, że zastrzegając w art. 4 ustawy nr 85-704 z dnia 12 lipca 1985 r. o zarządzaniu publicznymi przedsięwzięciami budowlanymi oraz o stosunku, w jakim pozostaje ono do prywatnego kierowania budową, JORF z dnia 13 lipca 1985 r., str. 7914, zmienionej przez ustawę nr 96-987 z dnia 14 listopada 1996 r. o realizacji paktu odnowy miejskiej, JORF z dnia 15 listopada 1996 r., str. 16656, zwanej dalej „ustawą

nr 85-704”, funkcję inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), zmienionej dyrektywą 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”), a w szczególności art. 8 i 9 tej dyrektywy, oraz na mocy art. 49 WE.

## Ramy prawne

### *Uregulowania wspólnotowe*

- 2 Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 „zamówienia publiczne na usługi” są umowami o charakterze odpłatnym, zawieranymi na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą, z wyłączeniem umów określonych w tym przepisie w pkt i)–ix). Zgodnie z art. 1 lit. b) tej dyrektywy za „instytucje zamawiające” uznaje się „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego”. W art. 1 lit. c) „usługodawca” zdefiniowany jest jako „każda osoba fizyczna lub prawna, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny”.
- 3 Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 stanowi, że instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.
- 4 Zgodnie z art. 6, dyrektywa ta „nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi, udzielanych podmiotowi, który sam jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b), na podstawie prawa wyłącznego, przysługującego mu na podstawie opublikowanych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które są zgodne z traktatem”.

- 5 Artykuł 7 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy stanowi, że stosuje się ona do zamówień publicznych na usługi, których szacunkowa wartość, bez podatku VAT, „jest nie mniejsza niż 200 000 [EUR]”.
- 6 Zgodnie z art. 8 dyrektywy 92/50 zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI, tj. z zastosowaniem ogłoszenia o zamówieniu i zachowaniem odpowiednich wymogów dotyczących publikacji.
- 7 Kategoria 12 załącznika I A do tej dyrektywy obejmuje „usługi architektoniczne, inżynierskie i zintegrowane usługi inżynierskie, usługi urbanistyczne, architektury krajobrazu, związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych, usługi badań i analiz technicznych”.
- 8 Zgodnie z art. 9 dyrektywy 92/50 zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16. Artykuł 14 dotyczy wspólnych reguł w dziedzinie technicznej, a art. 16 ogłoszeń o wynikach przeprowadzonego postępowania.
- 9 Kategorie 21 i 27 załącznika I B do dyrektywy 92/50 obejmują odpowiednio „usługi prawnicze” i „inne usługi”.
- 10 Artykuł 10 tej dyrektywy stanowi, że „zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku I A, jak i w załączniku I B, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI w przypadku, gdy wartość usług wymienionych w załączniku I A jest większa niż wartość usług wymienionych w załączniku I B. W przypadku gdy tak nie jest, są one udzielane zgodnie z art. 14 i 16”.

*Uregulowania krajowe*

- 11 Zgodnie z art. 1 ustawy nr 85-704, jej przepisy obowiązują przy realizacji wszelkich obiektów budowlanych lub obiektów infrastruktury, a także obiektów przemysłowych przeznaczonych do eksploatacji, w których inwestorem jest:

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

- 12 Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 tej ustawy „inwestor” oznacza:

„[...] osobę prawną, o której mowa w art. 1, dla której wznoszony jest obiekt budowlany. Jako osoba ponosząca główną odpowiedzialność za obiekt budowlany pełni on funkcję w interesie ogólnym, od której pełnienia nie może odstąpić.

[...]

Inwestor określa w programie cele przedsięwzięcia i potrzeby, które ma spełniać, a także ograniczenia i wymogi wykonania i użytkowania obiektu budowlanego pod kątem społecznym, urbanistycznym, architektonicznym, funkcjonalnym, technicznym i ekonomicznym, w zakresie wkomponowania w krajobraz i ochrony środowiska.

[...]”.

- 13 Artykuł 3 stanowi:

„[...] inwestor może powierzyć pełnomocnikowi, na warunkach określonych w umowie, o której mowa w art. 5, wykonanie w jego imieniu i na jego rachunek wszystkich lub niektórych z następujących uprawnień związanych z zarządzaniem przedsięwzięciem budowlanym:

- 1) określenia administracyjnych i technicznych warunków opracowania projektu i wykonania obiektu budowlanego;

- 2) przygotowania wyboru kierownika budowy, podpisania umowy o kierowanie budową po zaakceptowaniu wyboru kierownika budowy przez inwestora oraz zarządzania umową o kierowanie budową;
- 3) akceptacji wstępnych projektów i uzgodnień projektu;
- 4) przygotowania wyboru wykonawcy, podpisania umowy o roboty budowlane po zaakceptowaniu wyboru wykonawcy przez inwestora oraz realizacji umowy o roboty budowlane;
- 5) wypłaty wynagrodzenia za kierowanie budową i robotami budowlanymi;
- 6) odbioru obiektu budowlanego i spełniania wszystkich czynności związanych z ww. uprawnieniami.

Pełnomocnik odpowiada wobec inwestora wyłącznie za właściwe wykonanie uprawnień, które powierzył mu on osobiście.

Pełnomocnik reprezentuje inwestora wobec podmiotów trzecich w zakresie wykonywania powierzonych mu uprawnień do chwili, aż inwestor nie stwierdzi, iż wykonał on swoje zadanie na warunkach określonych w umowie, o której mowa w art. 5. Ma on legitymację procesową”.

14 Zgodnie z art. 4 ustawy nr 85-704:

„Uprawnienia, o których mowa w poprzednim artykule, powierzyć można wyłącznie, w zakresie ich kompetencji:

- a) osobom prawnym, o których mowa w art. 1 pkt 1 i 2 niniejszej ustawy, z wyłączeniem zakładów zdrowotnych i społecznych, które mogą być tylko pełnomocnikami innych zakładów zdrowotnych i społecznych;
- b) osobom prawnym, których co najmniej połowa kapitału znajduje się bezpośrednio lub za pośrednictwem podmiotu trzeciego w rękach osób prawnych, o których mowa w art. 1 pkt 1 i 2, które mają za zadanie współpracować z inwestorem, pod warunkiem, że nie prowadzą działalności w charakterze kierownika budowy lub wykonawcy na rachunek podmiotu trzeciego;
- c) prywatnym instytucjom mieszkaniowym o umiarkowanych czynszach, o których mowa w art. L. 411-2 kodeksu budownictwa i mieszkalnictwa, ale tylko na korzyść innych instytucji mieszkaniowych o umiarkowanych czynszach oraz w przypadku obiektów budowlanych związanych z przedsięwzięciem budownictwa dotowanych mieszkań;
- d) lokalnym spółkom publiczno-prywatnym podlegającym ustawie nr 83-597 z dnia 7 lipca 1983 r. o lokalnych spółkach publiczno-prywatnych;

- e) zakładom administracyjnym utworzonym na podstawie art. L. 321-1 kodeksu urbanistyki oraz miejskim stowarzyszeniom nieruchomości posiadającym zezwolenie lub utworzonym z urzędu na podstawie art. L. 322-1 i nast. kodeksu urbanistyki;
- f) spółkom utworzonym na podstawie art. 9 ustawy nr 51-592 z dnia 24 maja 1951 r. o specjalnych rachunkach skarbu państwa na rok 1951 zmienionej art. 28 ustawy nr 62-933 z dnia 8 sierpnia 1962 r. uzupełniającej ustawę o orientacji rolnictwa;
- g) wszelkim podmiotom publicznym lub prywatnym, którym powierzono realizację strefy zagospodarowania skoordynowanego (zone d'aménagement concerté) lub przeprowadzenie parcelacji [...];
- h) spółkom zawierającym umowę, o której mowa w art. L. 222-1 kodeksu budownictwa i mieszkalnictwa, w celu realizacji przedsięwzięć miejskiej restrukturyzacji zdegradowanych dużych zespołów zabudowy i dzielnic mieszkalnych [...].

Przy wykonywaniu uprawnień powierzonych im na podstawie niniejszego artykułu przez inwestora wspomniane jednostki, zakłady i podmioty podlegają przepisom niniejszej ustawy.

Zasadami udzielania zamówień przez pełnomocnika są zasady obowiązujące inwestora, z zastrzeżeniem ewentualnego niezbędnego dostosowania, w drodze rozporządzenia, w celu uwzględnienia udziału pełnomocnika”.

15 Artykuł 5 ustawy nr 85-704 stanowi:

„Stosunki między inwestorem a osobami prawnymi, o których mowa w art. 4, uregulowane są w umowie, która określa pod rygorem nieważności:

- a) obiekt budowlany, będący przedmiotem umowy, powierzone pełnomocnikowi uprawnienia, okoliczności, w jakich inwestor stwierdza wykonanie zadania przez pełnomocnika, warunki jego wynagrodzenia, kary, którym podlega za niewykonanie swoich obowiązków oraz okoliczności, w jakich można umowę wypowiedzieć;

[...]”.

### **Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi**

- 16 Uznawszy, że niektóre przepisy ustawy nr 85-704, w szczególności dotyczące okoliczności, w jakich inwestor może skorzystać z usług innego podmiotu, który poprowadzi przedsięwzięcie, i powierzyć wykonywanie niektórych ze swych uprawnień inwestorowi zastępczemu, są niezgodne, po pierwsze, z przepisami dyrektywy 92/50, a po drugie, z art. 49 WE, pismem z dnia 25 lipca 2001 r. Komisja skierowała do Republiki Francuskiej wezwanie do usunięcia uchybienia i przedstawienia uwag w tym przedmiocie.

- 17 Pismem z dnia 8 marca 2002 r. władze francuskie zakwestionowały przedstawione przez Komisję zarzuty, z wyjątkiem zarzutów dotyczących prowadzenia przedsięwzięcia, uregulowanego w art. 6 ustawy nr 85-704. W tej kwestii przyznały one, że zadanie prowadzenia przedsięwzięcia jest usługą w rozumieniu prawa wspólnotowego i zaznaczyły, że podlega już ono nowemu francuskiemu kodeksowi zamówień publicznych.
- 18 Ponieważ odpowiedź ta nie zadowoliła Komisji, w dniu 27 czerwca 2002 r. wystosowała ona pod adresem Republiki Francuskiej uzasadnioną opinię, wzywając ją do podjęcia niezbędnych kroków w celu zastosowania się do tej opinii w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia.
- 19 Pismem z dnia 14 października 2002 r. Republika Francuska poinformowała Komisję, iż podtrzymuje swoje stanowisko, które przedstawiła w piśmie z dnia 8 marca 2002 r.
- 20 Uznawszy, że w odniesieniu do inwestorów zastępczych naruszenie trwa nadal, Komisja zdecydowała o wniesieniu skargi w niniejszej sprawie.
- 21 Od czasu wniesienia skargi o stwierdzenie uchybienia władze francuskie przyjęły ordonnance (rozporządzenie z mocą ustawy) nr 2004-566 z dnia 17 czerwca 2004 r. zmieniające ustawę nr 85-704 (JORF z dnia 19 czerwca 2004 r., str. 11020) w ten sposób, że od tamtej pory ustawa zezwala na udzielenia pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego dowolnemu podmiotowi publicznemu lub prywatnemu, poprzez zniesienie obowiązku, by była to osoba prawna prawa francuskiego, jednakże z zastrzeżeniem konieczności przestrzegania pewnych reguł niedopuszczalności, mających na celu zapobieżenie konfliktowi interesów. Zdaniem rządu francuskiego zmiana ta nie była następstwem skargi w niniejszej sprawie i w niczym nie zmienia bronionego przez niego w tej sprawie stanowiska prawnego.

**W przedmiocie skargi***Argumenty stron*

- 22 Komisja utrzymuje, że zastrzegając w art. 4 ustawy nr 85-704 pełnienie funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy 92/50, a w szczególności jej art. 8 i 9, oraz na mocy art. 49 WE.
- 23 Zdaniem Komisji pełnomocnictwo do pełnienia funkcji inwestora zastępczego stanowi udzielenie zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50. Zadania stanowiące przedmiot pełnomocnictwa należą do kategorii 12 załącznika I A do tej dyrektywy, z wyjątkiem zadań związanych z reprezentowaniem inwestora, a zatem przepisy ustawy nr 85-704 są niezgodne z art. 8 tej dyrektywy. Jeśli chodzi o pełnomocnictwa dotyczące wyłącznie lub w głównej mierze reprezentacji, to objęte są one załącznikiem I B do dyrektywy 92/50, przez co ustawa ta jest również niezgodna z art. 9 tej dyrektywy.
- 24 Ponadto Komisja twierdzi, że w odniesieniu do pełnomocnictw do pełnienia funkcji inwestora zastępczego dotyczących obiektów budowlanych o wartości niższej, niż wynoszą progi określone w dyrektywie 92/50, a także pełnomocnictw dotyczących wyłącznie lub w głównej mierze usług, o których mowa w załączniku I B, art. 4 ustawy nr 85-704 stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług ustanowionej w art. 49 WE. Ograniczenie to nie znajduje uzasadnienia ani w świetle art. 45 WE i 55 WE, ponieważ zadania te nie wiążą się z wykonywaniem, choćby przejściowo, władzy publicznej, ani w świetle art. 46 WE i 55 WE, gdyż w okolicznościach niniejszej sprawy nie mają zastosowania względy porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego.

- 25 Rząd francuski utrzymuje, że umowa pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego, o której mowa w ustawie nr 85-704, nie jest umową o charakterze handlowym i nie podlega zakresowi dyrektywy 92/50. Pełnomocnik bierze bowiem udział w wypełnianiu zadania w interesie ogólnym i nie można go uważać za usługodawcę. Reprezentuje on inwestora, co stanowi zasadniczą funkcję tego pełnomocnictwa. W związku z tym zostają mu przekazane uprawnienia wraz z władzą decyzyjną. Funkcja reprezentacji jest nierozłącznie związana ze wszystkimi działaniami podejmowanymi przez pełnomocnika na rachunek reprezentowanego. Wykonując swoje zadania, które są w istocie zadaniami instytucji zamawiającej, pełnomocnik podlega unijnym dyrektywom dotyczącym zamówień publicznych.
- 26 Rząd francuski powołuje się ponadto na wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti i in.*, Rec. str. I-5409, dotyczący stosowania dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54). Z wyводу przeprowadzonego przez Trybunał w tym wyroku, który da się analogicznie zastosować do okoliczności niniejszej sprawy, wynika, że jeżeli w umowie o charakterze odpłatnym ustanawia się pełnomocnictwo, to może ona być wyłączona z zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Wystarczy, by sam pełnomocnik podlegał wymogom tych dyrektyw. A ustawa nr 85-704 nakłada na umowy zawierane przez pełnomocnika takie same wymagania, którym by podlegały, gdyby zawierał je inwestor.
- 27 Zdaniem rządu francuskiego, ponieważ z racji swoich właściwości umowa udzielenia pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego nie może być uważana za umowę świadczenia usług, art. 4 ustawy nr 85-704 nie jest niezgodny z art. 49 WE.

*Ocena Trybunału*

## Uwagi wstępne

- 28 Artykuł 3 ustawy nr 85-704 stanowi, że inwestor może powierzyć pełnomocnikowi, na warunkach określonych w umowie, o której mowa w art. 5 tej ustawy, wykonanie w jego imieniu i na jego rachunek wszystkich lub niektórych z jego uprawnień. Artykuł 4 tej dyrektywy zastrzega funkcję inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu podmiotów. Rząd francuski nie zaprzecza, że podmioty te muszą być, jak podnosi Komisja, osobami prawnymi prawa francuskiego.
- 29 Wprawdzie od czasu wniesienia skargi w niniejszej sprawie władze francuskie zmieniły ustawę nr 85-704, zezwalając na to, by pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego można było udzielić dowolnemu podmiotowi publicznemu lub prywatnemu i znosząc w ten sposób obowiązek, by była to osoba prawna prawa francuskiego. Należy jednak zauważyć, że fakt uchybienia należy oceniać w zależności od sytuacji państwa członkowskiego w chwili upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii (zob. w szczególności wyroki z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-63/02 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. str. I-821, pkt 11 i z dnia 16 grudnia 2004 r. w sprawie C-313/03 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 9). Późniejsze zmiany nie są brane przez Trybunał pod uwagę (zob. w szczególności wyroki z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-482/03 Komisja przeciwko Irlandii, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 11 i z dnia 14 kwietnia 2005 r. w sprawie C-341/02 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. str.I-2733, pkt 33).
- 30 W tych okolicznościach należy zbadać, czy art. 4 ustawy nr 85-704 jest, po pierwsze, zgodny z przepisami dyrektywy 92/50, a po drugie, z zasadą swobody świadczenia usług, ustanowioną w art. 49 WE.

- 31 Jeśli chodzi o naruszenie dyrektywy 92/50, to należy sprawdzić przede wszystkim, czy i w jakim stopniu umowa pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego, określona w ustawie nr 85-704, podlega zakresowi tej dyrektywy. W tym względzie należy przypomnieć, że dyrektywa ta nie obowiązuje w stosunku do zamówień o wartości niższej niż próg ustanowiony w tej dyrektywie.
- 32 Co do zarzutu naruszenia art. 49 WE, należy stwierdzić, że postanowienia traktatu WE dotyczące swobodnego przepływu obowiązują w stosunku do zamówień publicznych niepodlegających dyrektywie 92/50. Chociaż bowiem niektóre umowy wyjęte są z zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje zamawiające, które ich udzielają muszą przestrzegać podstawowych zasad traktatu, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie wyroki z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I-10745, pkt 60 i z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 HI, Rec. str. I-5553, pkt 47, a także postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. str. I-9505, pkt 20).
- 33 Dotyczy to w szczególności zamówień publicznych, których wartość jest mniejsza niż progi ustanowione w dyrektywie 92/50. Zamówienia publiczne o niewielkiej wartości nie są bowiem wyłączone z zakresu obowiązywania prawa wspólnotowego przez sam fakt, że ustawodawca wspólnotowy uznał, iż szczególne, rygorystyczne procedury ustanowione w dyrektywach z zakresu zamówień publicznych nie są w ich przypadku odpowiednie (zob. ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19). A zatem i umowy nieobjęte zakresem dyrektywy 92/50, takie jak umowy koncesyjne, podlegają ogólnym zasadom traktatu (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16).
- 34 Należy wreszcie przypomnieć, że zakres przedmiotowy art. 49 WE, zgodnie z art. 45 akapit pierwszy WE i art. 55 WE, nie obejmuje działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej.

W przedmiocie zarzutu naruszenia dyrektywy 92/50

- 35 Pojęcie „zamówienia publiczne na usługi” jest zdefiniowane w art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50. Przepis ten przewiduje, że są to umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą.
- 36 Aby ustalić, czy umowa pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego w rozumieniu ustawy nr 85-704 podlega dyrektywie 92/50, należy zbadać, czy spełnione są kryteria ustalone w art. 1 lit. a) tej dyrektywy. Ponieważ przepis ten nie zawiera żadnego wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich w celu ustalenia jego treści i zakresu, dochodzenie, jak zakwalifikowane są takie umowy w prawie francuskim, nie jest właściwe.
- 37 W niniejszym przypadku kryteria te są spełnione.
- 38 Po pierwsze, art. 5 ustawy nr 85-704 stanowi, że stosunki między inwestorem a inwestorem zastępczym określa umowa, zawarta przez nich na piśmie. Ponadto z przepisu tego wynika, że inwestor zastępczy otrzymuje wynagrodzenie. Umowę tę można zatem uznać za umowę o charakterze odpłatnym, zawartą na piśmie.
- 39 Następnie, jeśli chodzi o pojęcie „instytucja zamawiająca”, zgodnie z art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50, oznacza ono „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego”.

- 40 Zaś art. 1 ustawy nr 85-704 stanowi, że rolę inwestora pełnić może państwo i jego zakłady administracyjne, jednostki samorządu terytorialnego, ich zakłady administracyjne, zakłady gospodarki przestrzennej nowych miast, ich związki, jak również związki mieszane. Ponadto zgodnie z tą ustawą umowy udzielenia pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego zawierać mogą podmioty prywatne, o których mowa w art. L. 64 kodeksu ubezpieczeń społecznych, ich związki i zrzeszenia oraz prywatne instytucje mieszkaniowe o umiarkowanych czynszach, spółki publiczno-prywatne dla celów dotowanych przez państwo mieszkań przeznaczonych na wynajem, budowanych przez te instytucje i spółki.
- 41 Nie jest w niniejszej sprawie kwestionowany fakt, że podmioty te mogą być instytucjami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50.
- 42 Wreszcie w art. 1 lit. c) „usługodawca” zdefiniowany jest jako „każda osoba fizyczna lub prawna, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny”. Zgodnie z art. 50 WE przez pojęcie „usługi” rozumie się „świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób”. Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A do dyrektywy 92/50 udziela się zgodnie z przepisami rozdziałów III–VI, a na usługi wymienione w załączniku I B, zgodnie z art. 14 i 16 tej dyrektywy.
- 43 Uprawnienia inwestora zastępczego powierzyć można podmiotom wymienionym w art. 4 ustawy nr 85-704. Należy zauważyć, że niektóre z tych podmiotów same mogą być instytucjami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50. Chociaż rzeczywiście zgodnie z art. 6 dyrektywy z jej zakresu wyjęte są zamówienia publiczne na usługi udzielane podmiotowi, który sam jest instytucją zamawiającą na podstawie prawa wyłącznego, przysługującego mu na podstawie opublikowanych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, nie zmienia to faktu, że w okolicznościach niniejszej sprawy warunki te nie są spełnione.

- 44 Osoby, którym można powierzyć uprawnienia inwestora zastępczego można uznać za „usługodawców” w zakresie, w jakim uprawnienia, powierzone im umową o udzielenie pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego, zgodnie z art. 3 ustawy nr 85-704, odpowiadają wspólnotowemu rozumieniu świadczenia usług.
- 45 W tym zakresie nie można przyjąć argumentów przedstawionych przez rząd francuski w celu ustalenia, że pełnomocnik nie świadczy usług.
- 46 Z art. 3 ustawy nr 85-704, w którym wymienione są uprawnienia, jakie inwestor może powierzyć pełnomocnikowi, wynika, że umowa o udzielenie pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego nie jest tylko umową, w której pełnomocnik zobowiązuje się do reprezentowania inwestora. W skład tych uprawnień wchodzi różne funkcje, polegające, po pierwsze, na świadczeniach z zakresu wsparcia administracyjnego i technicznego, a po drugie, na zadaniach mających na celu reprezentowanie inwestora.
- 47 Po pierwsze, jeśli chodzi o to, czy funkcja reprezentacji jest nierozzerwalnie związana z innymi działaniami prowadzonymi przez pełnomocnika na rachunek reprezentowanego, jak twierdzi rząd francuski, to należy zauważyć, że oddzielenie od siebie tych zadań jest jak najbardziej możliwe. Inwestor może bowiem na podstawie art. 3 ustawy nr 85-704 powierzyć pełnomocnikowi wykonanie wszystkich lub części uprawnień wymienionych w tym przepisie. Należy również stwierdzić, że, jak słusznie zauważył rzecznik generalny w pkt 37 opinii, nic nie stoi na przeszkodzie temu, by zadania te zostały ewentualnie uregulowane w różny sposób.
- 48 Następnie, jeśli chodzi o charakter tych uprawnień, to należy zauważyć, że to, czy pełnomocnik bierze udział w wypełnianiu zadań w interesie ogólnym nie ma

decydującego znaczenia dla ustalenia, czy świadczy on usługi, czy też nie. W dziedzinie zamówień publicznych nie jest bowiem rzadkością, że instytucja zamawiająca powierza podmiotowi trzeciemu zadanie gospodarcze, mające na celu zaspokojenie potrzeb interesu ogólnego. Stwierdzenie to znajduje w szczególności poparcie w fakcie, że dyrektywa 92/50 obowiązuje, z pewnymi wyjątkami, w stosunku do zamówień publicznych na usługi, udzielanych przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności.

49 Wreszcie należy ustalić, czy, jak twierdzi rząd francuski, na podstawie umowy o udzielenie pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego dokonuje się przekazania władzy publicznej. Badanie tej kwestii opiera się na założeniu, że wykonywanie omawianych uprawnień wiąże się po stronie inwestora z bezpośrednim wykonywaniem władzy publicznej.

50 W tym zakresie rząd francuski nie powołał się na istnienie okoliczności, w których instytucja zamawiająca odpowiada za „wewnętrzna” strukturę świadczącą usługi publiczne w rozumieniu orzecznictwa Trybunału (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 50 i ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 26). Nic bowiem nie pozwala tu przypuszczać, że reprezentowany sprawuje nad pełnomocnikiem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami i że pełnomocnik prowadzi zasadniczą część swojej działalności na rzecz organu lub organów władzy publicznej, sprawujących nad nim kontrolę (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1, pkt 49).

51 Jeśli chodzi o zadania wsparcia administracyjnego i technicznego, jak na przykład określenie administracyjnych i technicznych warunków opracowania projektu i wykonania obiektu budowlanego, mamy tu do czynienia ze świadczeniem usług w rozumieniu art. 8 oraz załącznika I A do dyrektywy 92/50, a pełnomocnik nie wykonuje władzy publicznej.

- 52 Co do umów pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego, których przedmiotem są zadania związane z reprezentacją, to należy zauważyć po pierwsze, że okoliczność, iż jakieś świadczenie wykonywane jest w ramach wywiązania się z takiej umowy nie jest wystarczającym powodem, by wyłączyć je z zakresu przedmiotowego dyrektywy 92/50. Stwierdzenie to znajduje poparcie w fakcie, iż, jak przykładowo podaje Komisja, umowy zawarte między instytucją zamawiającą a jej adwokatem wchodzą w zakres stosowania art. 14 i 16 tej dyrektywy na podstawie art. 9 i pkt 21 załącznika I B.
- 53 Zgodnie z art. 3 ustawy nr 85-704, pełnomocnikowi można powierzyć różne zadania wiążące się z funkcją reprezentowania inwestora. Dotyczy to w szczególności podpisania umów o kierowanie budową i o roboty budowlane, a także wypłacania przez pełnomocnika wynagrodzenia usługodawcom i wybranym wykonawcom.
- 54 Jak słusznie zauważa rzecznik generalny w pkt 41 opinii, choć pełnomocnik jest upoważniony do podpisania umów o kierowanie budową i o roboty budowlane, przy realizacji swoich działań nie jest on obdarzony samodzielnością wystarczającą do tego, by można było uznać, że przekazano mu władzę publiczną. Zgodnie z art. 2 ustawy nr 85-704 inwestor, jako osoba ponosząca główną odpowiedzialność za obiekt budowlany, pełni w tej roli funkcję w interesie ogólnym, od której pełnienia nie może odstąpić. Ponadto pełnomocnik nie może działać bez zgody udzielonej przez inwestora. Co się tyczy przekazywania wynagrodzenia usługodawcom i wykonawcom, to wobec tego, że finansuje je inwestor, pełnomocnik także nie ma w tej kwestii swobody działania. Ogranicza się on do zadatkowania środków, które zwraca mu inwestor.
- 55 W tych okolicznościach umowy pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego, których przedmiotem są zadania wiążące się z reprezentowaniem inwestora, są objęte art. 9 i załącznikiem I B do dyrektywy 92/50.

56 Tok rozumowania przyjęty przez Trybunał w pkt 100 ww. wyroku w sprawie *Ordine degli Architetti i in.*, dotyczący stosowania dyrektywy 93/37, nie podważa tego wniosku. Trybunał w kwestii przestrzegania tej dyrektywy w przypadku realizacji obiektu infrastruktury w okolicznościach, w przedmiocie których rozstrzygał zauważył, że nie było potrzeby, by gminna administracja sama stosowała procedury przetargowe, o których mowa w tej dyrektywie. Skuteczność tej dyrektywy zapewniona była w równym stopniu, jeżeli prawo krajowe zezwalało administracji gminnej na zobowiązanie dewelopera, który uzyskał pozwolenie na budowę, do budowy zamówionych obiektów przy wykorzystaniu tych procedur.

57 Oceny tej dokonano w zakresie szczególnych przepisów z dziedziny urbanistyki, zgodnie z którymi przyznanie pozwolenia na budowę wiązało się z poniesieniem przez właściciela tego pozwolenia części kosztów budowy obiektów infrastruktury, związanych z jego przedsięwzięciem. Niemniej jednak mógł on podjąć się bezpośredniego wykonania prac, przy całkowitym lub częściowym zmniejszeniu należnej od niego kwoty. W tym ostatnim przypadku Trybunał uznał, że chodziło tu o zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 93/37. Ponieważ jednak gmina pozbawiona była możliwości wyboru wykonawcy obiektów infrastruktury, skoro prawo określało, że ma to być właściciel terenów objętych projektem deweloperskim i pozwolenia na budowę, można było uznać, że właściciel pozwolenia na budowę, czyli jedyna osoba uprawniona do zbudowania obiektów, mógł stosować procedury przetargowe zamiast gminy, jako alternatywę do zapłaty gminie części kosztów budowy obiektów infrastruktury. Taka sytuacja różni się od sytuacji uregulowanej ustawą nr 85-704, która pozostawia inwestorowi wybór pełnomocnika i nie ustanawia uprzednich obowiązków, które mogłyby stanowić świadczenie wzajemne w stosunku do jego wynagrodzenia.

58 W świetle powyższego należy stwierdzić, że umowa pełnomocnictwa, taka jak ta określona w ustawie nr 85-704, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 i podlega jej przepisom.

- 59 Należy zatem zbadać, czy art. 4 ustawy nr 85-704, w którym funkcję pełnomocnika zastrzega się dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego, jest zgodny z przepisami dyrektywy 92/50.
- 60 W tym względzie należy przypomnieć, że dyrektywa ta ma na celu poprawę dostępu usługodawców do postępowań przetargowych, aby wyeliminować praktyki ogólnie ograniczające konkurencję oraz ograniczające w szczególności udział w przetargach obywateli innych państw członkowskich. Zasady te zostały ujęte w art. 3 ust. 2 tej dyrektywy, zawierającym zakaz dyskryminacji między różnymi usługodawcami.
- 61 Należy stwierdzić, że art. 4 ustawy nr 85-704 nie jest zgodny z zasadą równego traktowania różnych usługodawców, gdyż zastrzega funkcję inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego.
- 62 Ponadto nawet bez potrzeby ustalania świadczeń objętych załącznikiem I A do dyrektywy 92/50 i świadczeń objętych załącznikiem I B, ani też w tym zakresie wpływu, jaki może mieć stosowanie art. 10 tej dyrektywy, należy stwierdzić, że ustawa nr 85-704 nie przewiduje żadnej procedury zaproszenia do składania ofert w celu wybrania pełnomocnika.
- 63 W tych okolicznościach zarzut naruszenia dyrektywy 92/50 jest zasadny.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 49 WE

- <sup>64</sup> Należy jeszcze określić, w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi nieobjętych zakresem dyrektywy 92/50, czy art. 4 ustawy nr 85-704 jest zgodny z zasadą swobodnego świadczenia usług ustanowioną w art. 49 WE.
- <sup>65</sup> Należy zauważyć po pierwsze, że jak wynika z pkt 49-55 niniejszego wyroku, umowa pełnomocnictwa do pełnienia funkcji inwestora zastępczego, w formie określonej ustawą nr 85-704, nie powierza pełnomocnikowi zadań związanych z wykonywaniem władzy publicznej, zarówno w przypadku powierzonych mu zadań polegających na wsparciu administracyjnym i technicznym, jak i na reprezentacji. Tak więc wyjątek, który zawierają art. 45 WE i 55 WE nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.
- <sup>66</sup> Artykuł 49 WE zawiera zakaz ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty Europejskiej w odniesieniu do podmiotów z państw członkowskich mających przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Ponadto z utrwalonego orzecznictwa wynika, że postanowienie to wymaga zniesienia wszelkich ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług, nawet jeżeli to ograniczenie stosuje się bez rozróżnienia do usługodawców krajowych i usługodawców z innych państw członkowskich, jeśli jest ono w stanie uniemożliwić lub w inny sposób utrudnić działalność usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w którym świadczy on zgodnie z prawem podobne usługi (zob. w szczególności wyroki z dnia 13 lipca 2004 r. w sprawie C-262/02 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-6569, pkt 22 i w sprawie C-429/02 Bacardi France, Zb.Orz. str. I-6613, pkt 31 wraz z powołanym orzecznictwem).

- 67 W szczególności państwo członkowskie nie może uzależnić świadczenia usług na swoim terytorium od spełnienia wszystkich warunków obowiązujących w przypadku zakładania przedsiębiorstwa, co groziłoby pozbawieniem skuteczności postanowień traktatu mających zapewnić swobodę świadczenia usług (zob. wyrok z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-180/89 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-709, pkt 15).
- 68 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że art. 4 ustawy nr 85-704 stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 49 WE, ponieważ skutkuje zastrzeżeniem pełnienia funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego.
- 69 Wprawdzie art. 46 WE w związku z art. 55 WE dopuszcza ograniczenia swobody świadczenia usług uzasadnione względami porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego, jednakże na podstawie akt sprawy nie można stwierdzić, by uzasadnienie takie istniało.
- 70 W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 49 WE jest zasadny.
- 71 Z uwagi na całość powyższych rozważań należy stwierdzić, że zastrzegając w art. 4 ustawy nr 85-704 pełnienie funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy 92/50 oraz na mocy art. 49 WE.

## **W przedmiocie kosztów**

- 72 Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Republiki Francuskiej kosztami postępowania, a Republika Francuska przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

**Zastrzegając w art. 4 ustawy nr 85-704 z dnia 12 lipca 1985 r. o zarządzaniu publicznymi przedsięwzięciami budowlanymi oraz o stosunku, w jakim pozostaje ono do prywatnego kierowania budową, zmienionej ustawą nr 96-987 z dnia 14 listopada 1996 r. o realizacji paktu odnowy miejskiej, pełnienie funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmienionej dyrektywą 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r., oraz na mocy art. 49 WE.**

Podpisy