# OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO PAOLA MENGOZZIEGO przedstawiona w dniu 17 listopada 2009 r.[1]

1. Orzekając w niniejszej sprawie, wynikającej z szeregu pytań prejudycjalnych skierowanych przez Oberlandesgericht Düsseldorf, Trybunał ma kolejną okazję wypowiedzenia się na temat rozróżnienia pomiędzy zamówieniami publicznymi na roboty budowlane a działaniami władz publicznych w zakresie regulacji urbanistycznej.

2. W szczególności najważniejszą kwestią, którą musi rozstrzygnąć sąd krajowy, jest sprzedaż terenu osobie prywatnej przez organ administracji publicznej. Zwykle tego rodzaju sytuacja może prowadzić do rozważenia zaistnienia ewentualnej pomocy państwa[2]. W niniejszym przypadku wydaje się, że takie obawy nie istnieją. Szczególny charakter niniejszej sprawy polega natomiast na tym, że organ administracji publicznej postanowił sprzedać teren oferentowi, który wykazał, że posiada w stosunku do tego terenu plany wykorzystania i zabudowy uznane za najbardziej interesujące i zasługujące na uwzględnienie przez władze gminne posiadające uprawnienia w zakresie zagospodarowania przestrzennego terenu. Sąd krajowy pyta, czy w tym kontekście należy stosować przepisy regulujące zamówienia publiczne, a w szczególności przepisy w zakresie koncesji na roboty budowlane.

## I — Ramy prawne

3. Przepisy, w przedmiocie których Trybunał musi orzec, znajdują się w dyrektywie 2004/18/WE[3].

1 — Język oryginału: włoski.

2 — Taka pomoc państwa istnieje w sposób oczywisty w przypadku, gdy sprzedaż dobra publicznego odbywa się po cenie niższej od ceny rynkowej. Zobacz w tym względzie między innymi komunikat Komisji w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne (Dz.U. 1997, C 209, s. 3).

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114, zwana dalej „dyrektywą 2004/18" lub „dyrektywą").

4. Artykuł 1 dyrektywy stanowi:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy zastosowanie mają definicje określone w ust. 2–15 poniżej. 2.

2. a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

b) »Zamówienia publiczne na roboty budowlane« oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I, lub obiektu budowlanego albo realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą. »Obiekt budowlany« oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

[…]

3. »Koncesja na roboty budowlane« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością.

[…]”.

**II — Okoliczności faktyczne, spór przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne**

5. W październiku 2006 r. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (federalna agencja ds. zarządzania nieruchomościami publicznymi; zwana dalej „Bundesanstalt”) powiadomiła za pośrednictwem ogłoszeń zamieszczonych w prasie i Internecie, że ma zamiar sprzedać teren o powierzchni około 24 hektarów, znajdujący się w gminie Wildeshausen. Teren ten był zajmowany między innymi przez koszary, a jego przeznaczenie zmieniono w pierwszych miesiącach 2007 r.

6. W ogłoszeniu opublikowanym przez Bundesanstalt wyjaśniono, że dopuszczalne wykorzystanie terenu należy uzgodnić z miastem Wildeshausen.

7. W maju 2007 r. w opinii rzeczoznawcy, której sporządzenie zleciła Bundesanstalt, wartość terenu oszacowano na 2,33 mln EUR.

8. W listopadzie 2006 r. spółka Helmut Müller GmbH (zwana dalej „Helmut Müller") przedstawiła ofertę kupna terenu za cenę 4 mln EUR, jednakże obwarowała ją warunkiem polegającym na tym, iż podstawą planu zagospodarowania przestrzennego będzie przedstawiony przez nią projekt wykorzystania nieruchomości. Ofercie tej nie nadano dalszego biegu.

9. W styczniu 2007 r. Bundesanstalt wezwała ewentualne zainteresowane strony do przedstawienia oferty w odniesieniu do terenu bez uprzednio sporządzonego planu zagospodarowania przestrzennego. W takich okolicznościach Helmut Müller przedstawiła ofertę kupna po cenie 1 mln EUR. Natomiast inna spółka, mianowicie Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (zwana dalej „GSSI"), przedstawiła ofertę kupna po cenie 2,5 mln EUR.

10. Następnie miasto Wildeshausen wezwało oferentów do przedstawienia planów wykorzystania rozpatrywanej strefy. Plany te zostały omówione z władzami miasta w obecności między innymi Bundesanstalt. W dniu 24 maja 2007 r. rada miasta Wildeshausen opowiedziała się za projektem przedstawionym przez GSSI, stwierdzając, że jest gotowa do wszczęcia procedury zmierzającej do opracowania planu zagospodarowania terenu na podstawie tego projektu. Jednakże rada miasta wyraźnie wskazała, że nie uważa tej deklaracji za wiążącą w stosunku do uprawnień miasta w zakresie urbanistyki, przy wykonywaniu których rada miasta zastrzegła sobie swobodę uznania.

11. W dniu 6 czerwca 2007 r. Bundesanstalt sprzedała nieruchomość na rzecz GSSI. Umowa sprzedaży nie zawiera żadnego odniesienia do przyszłego wykorzystania sprzedanego terenu.

12. Helmut Müller podważyła umowę sprzedaży nieruchomości przed sądami krajowymi, stwierdzając między innymi, że umowa ta powinna była zostać zawarta na podstawie przepisów dotyczących udzielana zamówień publicznych.

13. Sąd krajowy, do którego zwrócono się o rozstrzygnięcie sporu, skierował do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy konstytutywną przesłanką zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy jest, aby roboty budowlane zostały wykonane na rzecz

instytucji zamawiającej w rozumieniu rzeczywistej i fizycznej realizacji obiektu oraz aby stanowiły jej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym?

2) Jeżeli zgodnie z definicją zamówienia publicznego na roboty budowlane zawartą w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy nie można zrezygnować z elementu nabycia obiektu: czy zgodnie z wariantem drugim powyższego przepisu należy przyjąć, że doszło do takiego nabycia obiektu, jeżeli roboty budowlane mają na celu realizację dla instytucji zamawiającej określonego celu publicznego (na przykład mają służyć rozwojowi urbanistycznemu rejonu gminy), a na mocy zamówienia instytucja zamawiająca uzyskuje kompetencję prawną do zapewnienia realizacji celu publicznego oraz do zapewnienia, aby obiekt ten został udostępniony w przyszłości właśnie w tym celu?

3) Czy pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane zgodnie z wariantem pierwszym i drugim art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy wymaga, aby przedsiębiorca budowlany zobowiązany był, bezpośrednio lub pośrednio, do wykonania robót budowlanych? Czy ewentualnie musi istnieć możliwość egzekwowania wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej?

4) Czy pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane zgodnie z wariantem trzecim art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy wymaga, aby przedsiębiorca budowlany zobowiązany był do wykonania robót budowlanych lub aby takie roboty stanowiły przedmiot zamówienia?

5) Czy zamówienia, które za pośrednictwem wymogów określonych przez instytucję zamawiającą mają zagwarantować, że obiekt budowlany, który ma zostać wykonany, będzie udostępniony w określonym celu publicznym, oraz które jednocześnie przyznają instytucji zamawiającej (na mocy uzgodnień umownych) kompetencję prawną do zapewnienia (w pośrednim interesie własnym) możliwości korzystania z obiektu budowlanego w celach publicznych, są objęte zakresem pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu wariantu trzeciego art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy?

6) Czy przesłanki pojęcia »wymogi określone przez instytucję zamawiającą« występującego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy są spełnione, jeżeli roboty budowlane mają zostać wykonane zgodnie z projektami zweryfikowanymi i zatwierdzonymi przez instytucję zamawiającą?

7) Czy zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy nie można uznać, że przyznano koncesję na

roboty budowlane, jeżeli posiadacz koncesji jest lub stanie się właścicielem nieruchomości, na której ma powstać obiekt budowlany, lub jeżeli koncesja na roboty budowlane zostaje przyznana na czas nieokreślony?

8) Czy dyrektywa znajduje zastosowanie – ze skutkiem prawnym w postaci obowiązku instytucji zamawiającej do przeprowadzenia procedury przetargowej – także wówczas, gdy sprzedaż nieruchomości przez osobę trzecią oraz udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane nastąpią w pewnym odstępie czasowym i przy zawarciu umowy kupna nieruchomości zamówienie publiczne na roboty budowlane nie zostało jeszcze udzielone, jednakże w momencie zawarcia tej umowy instytucja zamawiająca miała zamiar udzielenia takiego zamówienia?

9) Czy różniące się od siebie, lecz mające ze sobą związek czynności dotyczące zbycia nieruchomości oraz udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane należy traktować jako całość w rozumieniu prawa zamówień publicznych, jeżeli zamiar udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane istniał w momencie zawarcia umowy kupna nieruchomości i strony świadomie stworzyły między tymi umowami ścisły merytoryczny – i ewentualnie także czasowy – związek (w nawiązaniu do wyroku Trybunału z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705)?".

## III — Rozważania wstępne

### A — *Orzecznictwo sądu krajowego*

14. W celu pełniejszego zrozumienia pytań skierowanych przez sąd krajowy konieczne jest rozważenie kwestii wstępnych. Należy bowiem zauważyć, jak podkreśla ten sąd w postanowieniu odsyłającym, że aktualne orzecznictwo sądu odsyłającego (czyli Oberlandesgericht Düsseldorf) charakteryzuje się pewnymi cechami szczególnymi, które odróżniają je od przeważającej części orzecznictwa i doktryny w zakresie prawa zamówień publicznych.

15. W szczególności stanowisko sądu krajowego opiera się na założeniu, że urbanistyczny co do zasady charakter procedury nie wyklucza w istocie możliwości zastosowania przepisów wspólnotowych w zakresie udzielania zamówień publicznych. W tym względzie sąd krajowy przytacza orzecznictwo Trybunału w sprawach Ordine degli Architetti i in.[4], a także Komisja przeciwko Francji[5].

16. W drugiej kolejności sąd krajowy wywodzi z orzeczenia w sprawie Auroux i in.[6]

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

5 — Wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03, Zb.Orz. s. I-8831.

6 — Wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05, Zb.Orz. s. I-385.

zasadę, zgodnie z którą możliwość zastosowania przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych jest całkowicie niezależna od okoliczności, czy instytucja zamawiająca zamierza nabyć prawo własności realizowanego obiektu budowlanego, czy też sama zamierza jedynie obiekt posiadać i eksploatować. Innymi słowy, przepisy wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych mogą znaleźć zastosowanie niezależnie od rzeczywistego nabycia dobra przez instytucję zamawiającą. W szczególności cel realizowany przez instytucję zamawiającą może mieć także charakter niematerialny i polegać, tak jak w niniejszym przypadku, na dążeniu do rozwoju urbanistycznego obszaru gminy[7].

17. Na podstawie tego orzecznictwa stan faktyczny rozpatrywany przez sąd krajowy jest przez niego interpretowany w sposób następujący. Spółka GSSI otrzymała koncesję na roboty budowlane[8], w odniesieniu do której należało zastosować stosowne przepisy prawa wspólnotowego[9]. Okoliczność, że spółka GSSI nabyła prawo własności danych dóbr, nie sprzeciwia się tej wykładni, ponieważ pojęcie „koncesji" w rozumieniu dyrektywy nie wyklucza ani przyznania koncesji na czas nieokreślony, ani przyznania koncesjonariuszowi prawa własności dóbr będących przedmiotem koncesji.

18. Okoliczność, że miasto Wildeshausen, zaznaczając, że preferuje projekt zagospodarowania przestrzennego opracowany przez spółkę GSSI, formalnie nie zobowiązało się do udzielenia zezwolenia na to zagospodarowanie, nie może zdaniem sądu krajowego podważyć jego interpretacji tych wydarzeń. W szczególności sąd ten odsyła do wyroku Trybunału w sprawie Komisja przeciwko Austrii (zwanego dalej „wyrokiem w sprawie Mödling")[10] w celu poparcia twierdzenia, że możliwe jest, że nawet wydarzenie chronologicznie późniejsze od udzielenia zamówienia, jeśli w rzeczywistości posiada charakter rozstrzygający dla jego udzielenia, powinno być uwzględnione do celów przeprowadzenia oceny prawnej danego przypadku. W przeciwnym wypadku mogłoby z łatwością dojść

7 — Zresztą po wydaniu postanowienia odsyłającego ustawodawstwo niemieckie zostało zmienione Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts z dnia 20 kwietnia 2009 r. (ustawą dotyczącą zmiany prawa o zamówieniach publicznych) (BGBl. I, s. 790), na mocy której wniesiono poprawki do § 99 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji lub „GWB"), wyjaśniając między innymi, że w przypadku będącym przedmiotem trzeciego wariantu, o którym mowa w definicji zamówienia publicznego na roboty budowlane, konieczne jest, aby instytucja zamawiająca uzyskała bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym. Zobacz także przypis 35 poniżej.

8 — Jednakże nie wiemy dokładnie, kto jest osobą, która udzieliła tej koncesji. Sama Komisja, która w tym względzie przychyliła się raczej do tez sądu odwoławczego, musiała przyznać podczas rozprawy, że zarówno Bundesanstalt, jak i miasto Wildeshausen charakteryzują się pewnymi cechami typowymi dla tej roli, przy czym niemożliwe jest przyznane pierwszeństwa w tej kwestii jednemu spośród nich.

9 — Zgodnie z postanowieniem odsyłającym nie ulega wątpliwości, że progi przewidziane w celu stosowania dyrektywy zostały w niniejszym przypadku znacznie przekroczone. W rzeczywistości biorąc pod uwagę, że sama wartość terenu nie przekracza wspomnianych progów, rozumowanie sądu krajowego zawiera bezsporne elementy hipotetyczne. Z drugiej strony w świetle utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym do sądu krajowego należy co do zasady ocena znaczenia pytań do celów rozstrzygnięcia sporu, uważam, że Trybunał powinien w niniejszym przypadku dostarczyć odpowiedzi na pytania skierowane przez Oberlandesgericht Düsseldorf. Zobacz na przykład wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 Bosman, Rec. s. I-4921, pkt 61; z dnia 7 września 1999 r. w sprawie C-355/97 Beck i Bergdorf, Rec. s. I-4977, pkt 22; z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawach połączonych od C-222/05 do C-225/05 van der Weerd i in., Zb.Orz. s. I-4233, pkt 22; z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-500/06 Corporación Dermoestética, Zb.Orz. s. I-5785, pkt 23.

10 — Wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04, Zb.Orz. s. I-9705.

do podważenia skuteczności przepisów prawa wspólnotowego.

19. Jednakże – jak już stwierdziłem powyżej – ten sam sąd przyznaje, że jego wykładania prawa wspólnotowego w zakresie mającym zastosowane do niniejszej sprawy nie jest jednogłośnie podzielana. W konsekwencji w postanowieniu odsyłającym Oberlandesgericht Düsseldorf co do zasady stawia Trybunałowi pytanie, czy wykładnia ta jest prawidłowa.

B — *Różnice pomiędzy wersjami językowymi art. 1 dyrektywy*

20. W art. 1 dyrektywy rozróżniono, w większości wersji językowych[11], trzy odmienne kategorie „zamówień publicznych na roboty budowlane". Chodzi w szczególności o następujące warianty:

— wykonanie, lub jednoczesne zaprojektowanie i wykonanie, *robót budowlanych*[12] jednego z rodzajów wymienionych w załączniku I do dyrektywy (pierwszy wariant);

— wykonanie, lub jednoczesne zaprojektowanie i wykonanie, *obiektu budowlanego*[13] (drugi wariant);

— realizacja za pomocą dowolnych środków *obiektu budowlanego*[14] odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą (trzeci wariant).

21. W dyrektywie wyjaśniono następnie, że „obiektem budowlanym"[15] jest „wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną".

22. Na wstępie należy stwierdzić, że wersje językowe dyrektywy charakteryzuje kilka różnic o określonym znaczeniu.

23. Przede wszystkim są to różnice, które wynikają z zastosowania terminów, które nie zawsze są spójne w ramach trzech wyżej

11 — Ale nie we wszystkich: na przykład drugi ze wskazanych wariantów nie posiada odpowiednika w portugalskiej wersji językowej.

12 — Niemiecki: „von Bauvorhaben"; angielski: „of Works"; włoski: „lavori"; hiszpański: „de obras"; niderlandzki: „van werken"; portugalski: „de trabalhos"; grecki: „εργαστών".

13 — Niemiecki: „eines Bauwerks"; angielski: „a work"; włoski: „di un'opera"; hiszpański: „de una obra"; niderlandzki: „van een werk"; grecki: „ενός έργου".

14 — Niemiecki: „einer Bauleistung"; angielski: „of a work"; włoski: „di un'opera"; hiszpański: „de una obra"; niderlandzki: „van een werk"; portugalski: „de uma Obra"; grecki: „ενός έργου".

15 — Niemiecki: „Bauwerk"; angielski: „work"; włoski: „opera"; hiszpański: „obra"; niderlandzki: „werk"; portugalski: „obra"; grecki: „έργο".

wymienionych wariantów; jest to oczywiste zwłaszcza w przypadku terminów zastosowanych w niektórych wersjach językowych, jak wskazano w przypisach odnoszących się do poszczególnych wariantów.

24. Poza tym wersja niemiecka różni się w dwóch znaczących kwestiach. Po pierwsze w trzecim wariancie wyjaśniono, że działalność, która w nim jest przewidziana, powinna być wykonana „przez osoby trzecie" (durch Dritte); stwierdzenie to nie występuje w innych wersjach językowych[16]. Po drugie działalność, o której mowa w wariancie trzecim, nie jest opisana jako „obiekt budowlany" (Bauwerk), ale jako „działalność w zakresu budownictwa" (Bauleistung); w konsekwencji zamieszczona następnie definicja „obiektu budowlanego" wydaje się mieć zastosowanie zgodnie z teksem niemieckim jedynie do drugiego wariantu, a nie to trzeciego[17].

16 — Zauważmy jednakże, jak podniósł miedzy innymi rząd austriacki podczas rozprawy, że uściślenie zawarte w tekście niemieckiej wersji językowej nie powoduje de facto, że tekst ten jest odmienny, ale być może jedynie bardziej „szczegółowy" w stosunku do innych wersji językowych. Biorąc bowiem pod uwagę strukturę rozpatrywanego przepisu, trudne wydaje się, nawet odwołując się do pozostałych wersji językowych, wyróżnienie przypadku objętego trzecim wariantem, w którym obiekty budowlane nie byłyby realizowane przez „osoby trzecie". W każdym razie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odmienny charakter danej wersji językowej przepisu wspólnotowego nie może służyć jako wyłączna podstawa dla wykładni tego przepisu, a danej wersji językowej nie można także przyznać pierwszeństwa w stosunku do pozostałych wersji językowych. Zobacz wyroki: z dnia 27 marca 1990 r. w sprawie C-372/88 Cricket St. Thomas, Rec. s. I-1345, pkt 18; z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-455/05 Velvet & Steel Immobilien, Zb.Orz. s. I-3225, pkt 19.

17 — Ta odmienność niemieckiej wersji językowej istniała już w dyrektywie 89/440/EWG Rady z dnia 18 lipca 1989 r. zmieniającej dyrektywę 71/305/EWG w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 210, s. 1). Dyrektywa 89/440 po raz pierwszy wprowadziła do wspólnotowego porządku prawnego aktualną „trójczłonową" definicję zamówienia na roboty budowlane.

25. Istnienie trudności językowych, które przedstawiłem powyżej, zniechęca do poszukiwania „prawidłowej" wykładni przepisów poprzez odwołanie do ich analizy ściśle literalnej, ograniczonej ponadto do jednej wersji językowej. W rzeczywistości wykładania systematyczna i teleologiczna mogą, z pewną dozą zmysłu interpretacyjnego, prowadzić do nadania właściwego znaczenia rozpatrywanym przepisom.

## IV — Analiza prawna

### A — *Przesłanka: pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane*

26. W celu udzielenia jak najbardziej kompletnych odpowiedzi na pytania skierowanie przez sąd krajowy należy na wstępie określić podstawowe cechy zamówienia na roboty budowlane.

27. Należy podkreślić na wstępie, że chodzi o pojęcie należące wyłącznie do zakresu prawa wspólnotowego, a zatem klasyfikacja sytuacji na podstawie prawa krajowego

państwa członkowskiego nie jest w niniejszym przypadku stosowna[18].

28. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia publicznego dyrektywa 2004/18 definiuje, jak przedstawiłem powyżej, trzy główne kategorie. Jednakże w skrócie można powiedzieć, że na mocy art. 1 wspomnianej dyrektywy pojęciem zamówienia publicznego na roboty budowlane objęte jest, po pierwsze, wykonanie szczególnych typów robót budowlanych, wymienionych w załączniku I do dyrektywy, a po drugie wykonywanie obiektów budowlanych. Innymi słowy, pojęcie to obejmuje bądź działalność z zakresu budownictwa niezależnie od faktu, czy wynik robót stanowi dobro o określonym charakterze lub też dobro zakończone, bądź działalność, prowadzoną ewentualnie także przez osoby trzecie, z zakresu realizacji określonych dóbr „zakończonych". Dobra te, których „zakończony" charakter jest określony przez dyrektywę poprzez wskazanie, że spełniają one „funkcję gospodarczą lub techniczną", są zwykle określane jako „obiekty budowlane".

29. W odniesieniu do poszczególnych różnych sytuacji podlegających ocenie należy zbadać, czy każdy z przypadków objęty jest zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18. Wydaje mi się, że – ogólnie rzecz ujmując – elastyczne podejście, nieoparte na trójpodziale zawartym w większości wersji językowych art. 1, ale raczej na przedstawionym w poprzednim punkcie dwupodziale na roboty budowlane i obiekty budowlane umożliwia w przeważającej większości przypadków rozwiązanie problemu dotyczącego istnienia obiektywnych przesłanek stosowania przepisów dyrektywy.

30. Niezależnie od przyjętego podejścia nie należy jednak zapominać, że aspekt budowlany charakteryzuje wszystkie zamówienia publiczne na roboty budowlane. Innymi słowy, prowadzona działalność powinna obejmować wykonywanie dóbr. Zwykła sprzedaż już istniejących dóbr jest bowiem wyraźnie wykluczona z zakresu stosowania dyrektywy[19].

31. W art. 1 dyrektywy wyraźnie zdefiniowano inne podstawowe cechy zamówienia na roboty budowlane. Stanowi on zatem, że zamówienie na roboty budowlane jest *umową*, zawartą *na piśmie* i *o charakterze odpłatnym*. Ta ostatnia cecha zakłada więc, że świadczeniu wykonawcy odpowiada świadczenie wzajemne organu administracji, które niekoniecznie jest w formie pieniężnej,

18 — Zobacz ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 40.

19 — Zobacz art. 16 dyrektywy.

lecz musi być jednak wymierne pod względem gospodarczym[20].

32. Sama dyrektywa przewiduje jednak, jak wiemy, alternatywę dla „typowego" modelu, w którym organ administracji publicznej płaci (w szerokim rozumieniu, jak wyjaśniłem) wykonawcy obiektu budowlanego. W tym alternatywnym modelu, jakim jest koncesja na roboty budowlane, „wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością". Zdaniem sądu krajowego w niniejszym przypadku zastosowanie powinny znaleźć przepisy dotyczące koncesji na roboty budowlane, ponieważ organ administracji publicznej ogranicza się do umożliwienia osobie, która zamierza wykonać określone roboty budowlane, pełnego korzystania zgodnie z przepisami prawa własności z rezultatów swej działalności z zakresu budownictwa. Problem ten zostanie szczegółowo zbadany poniżej, między innymi w ramach analizy siódmego pytania prejudycjalnego.

33. Inną kwestią, którą należy zbadać, jest cel, do osiągnięcia którego dążą organy władzy publicznej za pośrednictwem obiektów budowlanych lub robót budowlanych, które zamierzają wykonać. Tymczasem jak wynika z orzecznictwa Trybunału, dla potrzeb oceny możliwości zastosowania przepisów dyrektywy zamierzony cel jest bez znaczenia[21]. A zatem znaczenie posiada wyłącznie istnienie obiektywnych przesłanek określonych w dyrektywie.

34. Ta obojętność przepisów wspólnotowych wobec celów zamierzonych w każdym konkretnym przypadku przez organy władzy publicznej uzasadniona jest faktem, że – jak stwierdzono w motywach dyrektywy – głównym celem wspólnotowych przepisów publicznych zakresie zamówień publicznych jest zniesienie ograniczeń podstawowych swobód i wspieranie rzeczywistej konkurencji[22]. W konsekwencji należy przyjąć perspektywę osób, które mogłyby być zainteresowane wykonaniem robót: dla tych osób cel, jaki zamierzają osiągnąć organy administracji publicznej, jest z pewnością nieistotny.

35. Szeroki i ambitny cel dyrektywy – jeśli należy go uwzględnić w wykładni jej przepisów – nie może jednakże prowadzić do

20 — Na przykład zamiast zapłaty sumy pieniężnej organ władzy publicznej może zwolnić osobę z uiszczenia określonych opłat (zob. ww. w przypisie 4 wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 76–86).

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

22 — Zobacz w szczególności motyw 2 dyrektywy 22004/18, a także poprzednio motywy drugi i dziesiąty uchylonej dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54). Zobacz także ww. w przypisie 4 wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 52; wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo.

stwierdzenia, że w oparciu o cel tego tekstu jego zakres stosowania może być rozumiany jako nieograniczony. Pragnę zwłaszcza zauważyć, że niektóre szczególne sektory, w których dyrektywa nie ma zastosowania, są już wskazane w tekście dyrektywy; odsyłam w szczególności do art. 10–16. W konsekwencji wyłącznie „funkcjonalna" wykładnia dyrektywy, przeprowadzona jedynie w świetle określonych w niej podstawowych celów, nie jest dopuszczalna.

36. Przy przyjęciu bowiem wykładni „funkcjonalnej", której zwolennikiem wydaje się być Komisja, podstawowym problemem staje się określenie, na podstawie jakiego kryterium należy ustalać możliwość zastosowania dyrektywy. A zatem sama Komisja wskazuje, że główny problem, jaki ona dostrzega, polega na tym, iż niektóre osoby mogą uzyskać korzyść, nie znajdując się uprzednio w takiej samej sytuacji jak inne osoby potencjalnie zainteresowane uzyskaniem takiej korzyści. W przypadkach takich jak niniejszy korzyść stanowiłby wzrost wartości nieruchomości związany z faktem, że organ administracji publicznej zezwala na wykonywanie określonej działalności budowlanej na tej nieruchomości. W konsekwencji zgodnie z wykładnią Komisji każdy „wzrost wartości" nieruchomości, w przypadku gdy jest on konsekwencją działalności organów władzy publicznej, powinien podlegać przepisom dyrektywy. Jest jednakże oczywiste, że przy przyjęciu takiego stanowiska powstaje ryzyko konieczności przyjęcia założenia – niezależnie od tego, jakie byłoby ono absurdalne – że przepisami dyrektywy objęta jest *każda działalność z zakresu regulacji urbanistycznej*; z definicji bowiem środki regulujące możliwość wykonania budynków zmieniają czasami w znaczny sposób wartość terenów, do których mają one zastosowanie.

37. W rzeczywistości nikt nie popiera tej skrajnej tezy. Podkreślam, że stanowi ona jednakże logiczną konsekwencję wyłącznie funkcjonalnej wykładni dyrektywy.

38. Z pewnością, jak wiadomo, w pewnych dziedzinach Trybunał przyjął wyraźnie „funkcjonalną" wykładnię przepisów prawa wspólnotowego. Tak było na przykład w ramach prawa zamówień publicznych w przypadku pojęć „instytucji zamawiającej" i „podmiotu prawa publicznego"[23]. Jednakże w tym względzie należy przede wszystkim podnieść, że w tych przypadkach funkcjonalna wykładania została zastosowana w celu wyjaśnienia znaczenia szczególnego pojęcia, a nie w celu określenia w sposób ogólny zakresu stosowania całego zespołu przepisów z zakresu zamówień publicznych. Poza tym w przytoczonych przypadkach odwołanie do wykładni funkcjonalnej miało zasadniczo na celu zapobieżenie utworzeniu się znaczących luk, które stworzyłyby możliwości poważnych nadużyć; rozważmy na przykład przypadek, w którym

23 — Zobacz na przykład ww. w przypisie 22 wyrok w sprawie Universale-Bau i in., pkt 53; wyroki: z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-11173, pkt 37; z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Zb.Orz. s. I-2339, pkt 37.

typowa funkcja podmiotu prawa publicznego została przypisana po utworzeniu spółki, bez dostosowania jej statutu[24], lub przypadek, w którym finansowanie publiczne (w tym przypadku finansowanie instytucji radiodawczej) odbyło się z nałożeniem obowiązku uiszczenia opłaty przez wszystkich posiadaczy stanowiska odbiorczego, a nie poprzez bezpośrednią wypłatę środków publicznych[25].

39. Wydaje mi się oczywiste, że wręcz przeciwnie: zakres stosowania dyrektywy należy określić poprzez odwołanie się w pierwszym rzędzie do obiektywnych przesłanek ustanowionych w samej dyrektywie. Naturalnie nie oznacza to, że dokonując wykładni, należy unikać wszelkich rozważań o charakterze „funkcjonalnym". W rzeczywistości cele ustanowione w dyrektywie tworzą z pewnością jeden z głównych punktów wyjścia dla dokonania wykładni[26]; nie mogą one jednakże stanowić jedynego kryterium odniesienia ani wypaczać woli prawodawcy dotyczącej określenia zakresu zastosowania normy.

40. Przystąpię teraz do analizy pytań prejudycjalnych. W celu zachowania logicznego związku pomiędzy pytaniami rozpatrzę najpierw pytania pierwsze, drugie, piąte i szóste.

24 — Wyżej wymieniony w przypisie 22 wyrok w sprawie Universale-Bau i in.

25 — Wyżej wymieniony w przypisie 23 wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in. Zobacz także w odniesieniu do sytuacji analogicznej wyrok z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns, Zb.Orz. s. I-4779, pkt 57.

26 — Zobacz na przykład wyroki: z dnia 17 listopada 1983 r. w sprawie 292/82 Merck, Rec. s. 3781, pkt 12; z dnia 14 października 1999 r. w sprawie C-223/98 Adidas, Rec. s. I-7081, pkt 23; z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03 VEMW i in., Zb.Orz. s. I-4983, pkt 41.

B — *Pytania pierwsze i drugie*

41. W dwóch pierwszych pytaniach prejudycjalnych, które mogą być zbadane łącznie, sąd krajowy zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie, czy co do zasady konstytutywną przesłanką zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 jest, aby przedmiotem zamówienia było dobro materialne uzyskiwane przez organ administracji publicznej, dla którego stanowi ono bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, czyli jeśli – powtarzając słowa sądu krajowego – nie można „zrezygnować z elementu nabycia [czegoś]", Trybunał powinien orzec, czy zwykłe dążenie, w sposób ogólny, do realizacji celu publicznego, na przykład do określonego zagospodarowania przestrzennego gminy, może stanowić taki element.

1. Stanowiska stron

42. Stanowiska bronione przez zainteresowane strony, które przedstawiły swoje uwagi w ramach niniejszego postępowania, są bardzo zróżnicowane.

43. Po pierwsze, rząd niemiecki, popierany w tej kwestii przez Bundesanstalt

i w znacznym stopniu przez rząd austriacki, stanowczo podkreśla konieczność istnienia elementu nabycia jako konstytutywnej przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane. W rzeczywistości wspomniany rząd twierdzi, że nie musi to być koniecznie nabycie o charakterze materialnym i że może wystarczyć zwykła korzyść w sensie gospodarczym na rzecz organu administracji publicznej. Natomiast zdaniem rządu niemieckiego nie wystarczy zwykłe dążenie w sposób ogólny do realizacji celu publicznego, tak jak w niniejszym przypadku. W odniesieniu do wyroku Trybunału w sprawie Auroux i in., który stanowi jedną z osi stanowiska przyjmowanego przez sąd krajowy, rząd niemiecki podnosi, że w ramach sprawy, w której wydano tę decyzję, istnienie bezpośredniej użyteczności gospodarczej dla organu administracji publicznej było oczywiste, a zatem Trybunał uznał, że rozpatrywanie tej kwestii nie jest konieczne. Jednakże nie można tego w żadnej mierze interpretować w ten sposób, że spełnienie przesłanki użyteczności gospodarczej nie jest konieczne: przesłanka ta, nawet jeśli nie jest wyraźnie wymieniona w dyrektywie, wynika z ogólnej systematyki dyrektywy. W odniesieniu do argumentów opartych na konieczności zagwarantowania skuteczności dyrektywy i zapobieżenia ryzyku nadużyć nie można zdaniem rządu niemieckiego pozwolić na pokątne zastosowanie dyrektywy, wykraczające poza jej naturalny zakres stosowania. Ewentualne wymogi zapobieżenia nadużyciom poza dziedziną zamówień publicznych powinny być spełnione poprzez odwołanie do instrumentów innych niż dyrektywa 2004/18.

44. Natomiast stanowisko Komisji jest diametralnie odmienne od stanowiska rządu niemieckiego. W szczególności zdaniem Komisji jedynym rozstrzygającym elementem w celu udzielenia odpowiedzi sądowi krajowemu jest fakt, że tekst dyrektywy nie uzależnia istnienia zamówienia publicznego na roboty budowlane od faktu uzyskania przez organ administracji publicznej czegoś od osób trzecich. Wymaganie zaistnienia elementu nabycia oznaczałoby więc wprowadzenie przesłanki niezawartej w tekście dyrektywy.

45. Wreszcie rząd niderlandzki przyjmuje stanowisko pośrednie. Zdaniem tego rządu, w szczególności mimo że nabycie obiektu budowlanego przez organ administracji publicznej nie jest konieczne, zwłaszcza w świetle orzecznictwa Trybunału, pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane zakłada jednak istnienie bezpośredniego interesu gospodarczego po stronie organu administracji publicznej. Ten bezpośredni interes gospodarczy może w szczególności polegać, w zależności od przypadku, bądź na korzyści gospodarczej dla organu administracji publicznej, bądź na tym, co rząd niderlandzki określa mianem „ryzyka straty" ponoszonego przez ten organ. Tymczasem według rządu niderlandzkiego w sprawie rozstrzyganej przez sąd krajowy ten interes gospodarczy nie istnieje lub co najmniej jego istnienie nie wynika z informacji dostarczonych przez sąd krajowy.

2. Ocena

46. Prawidłowa wykładnia dyrektywy 2004/18 sytuuje się moim zdaniem pomiędzy dwoma „skrajnymi" stanowiskami rządu niemieckiego i Komisji. Ponadto nie podzielam w pełni stanowiska rządu niderlandzkiego, które moim zdaniem w celu zdefiniowania pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane zbyt mocno podkreśla element o charakterze gospodarczym.

47. Wydaje mi się, że aby móc odpowiedzieć na pytanie skierowane do Trybunału, należy rozpocząć od wykładni, jaką należy nadać wyrokowi w sprawie Auroux i in.[27] W przypadku, w związku z którym został wydany ten wyrok, organ gminy powierzył drugiej instytucji zamawiającej realizację zagospodarowania przestrzennego bez zachowania reguł konkurencji. W tym kontekście druga instytucja zamawiająca powinna była, wykorzystując część funduszy przyznanych przez gminę, zrealizować poszczególne obiekty budowlane przeznaczone w części do sprzedaży osobom trzecim, a w części do przekazania organowi gminy. Trybunał uznał tę sytuację za zamówienie publiczne na roboty budowlane, orzekając w tym względzie, że bez znaczenia pozostaje fakt, czy przewidziane zostało, że pierwsza instytucja zamawiająca, czyli gmina, będzie właścicielem całości lub części tego obiektu, czy też nie[28].

48. Prawdą jest, jak zauważa rząd niemiecki, że w okolicznościach tego przypadku bezsprzeczne było, że co najmniej w części niektóre obiekty budowlane, które miały być zrealizowane, byłyby bezpośrednio wykorzystywane przez organy gminy. Jednakże prawdą jest także, że bardzo szerokie sformułowanie przyjęte przez Trybunał wyklucza moim zdaniem konieczność uznania bezpośredniego nabycia przez organ administracji publicznej za przesłankę zamówienia publicznego na roboty budowlane.

49. Z drugiej strony należy jednak podkreślić inną charakterystyczną cechę przypadku badanego w wyroku w sprawie Auroux i in: w tej sytuacji organ gminy wypłacił znaczą sumę pieniężną i interweniował bezpośrednio u drugiej instytucji zamawiającej w celu uzyskania realizacji zamawianych obiektów budowlanych.

50. Pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane, jeśli powinno być interpretowane w sposób szeroki w celu niknięcia ewentualnych nadużyć, nie może być, jak już podniosłem powyżej, rozszerzane w nieskończoność[29]. Taka „funkcjonalna" wykładnia nie może całkowicie pomijać granic zakresu stosowania dyrektywy. O ile bowiem z pewnością prawdą jest, że głównym celem dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest wspieranie konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami oraz otwarcie rynków, prawdą jest także, że poza zakresem stosowania

27 — Wyrok ww. w przypisie 6.
28 — Ibidem, pkt 47.
29 — Zobacz pkt 35 i nast. powyżej.

dyrektywy cel ten powinien być realizowany z wykorzystaniem innych stosownych instrumentów prawodawczych, bez nadmiernego rozszerzania zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

51. Konieczne jest zatem określenie z pewną precyzją ram tego zakresu stosowania, które powinny stanowić nieprzekraczalne granice możliwości stosowania przepisów dyrektywy.

52. Tymczasem wydaje mi się, że rozpatrzenie całości tekstu, także przy uwzględnieniu wykładni, jaką Trybunał nadał dotychczas tym przepisom, umożliwia sformułowanie podstawowej zasady, zgodnie z którą aby móc objąć daną działalność prawem zamówień publicznych na roboty budowlane, musi istnieć silny *bezpośredni związek* pomiędzy organem administracji publicznej a robotami lub obiektami budowlanymi, które należy zrealizować. Związek ten wynika zwykle z faktu, że roboty lub obiekty budowlane są realizowane z inicjatywy organu administracji publicznej.

53. Wbrew twierdzeniom sądu krajowego, użyteczność o charakterze czysto niematerialnym i pośrednim nie jest zatem wystarczająca. Sama okoliczność, że działalność podlegająca ocenie odpowiada ogólnie interesowi publicznemu, także nie może wystarczyć. Należy bowiem stwierdzić, że w przypadku gdy działalność wymaga wcześniejszego zezwolenia organu administracji publicznej (co zwykle ma miejsce w przypadku każdej działalności z zakresu budownictwa), aby zostało wydane zezwolenie na daną działalność, musi ona być w sposób oczywisty zgodna z interesem publicznym, który stanowi kryterium odniesienia dla działalności w zakresie udzielania zezwoleń, prowadzonej przez organy władzy publicznej. Istnienie, w sposób ogólny, interesu publicznego, który uzasadnia wydanie zezwolenia na działalność, nie może zatem stanowić kryterium rozstrzygającego dla zidentyfikowania sytuacji wchodzących w zakres dyrektywy, gdyż wiązałoby się to z zagrożeniem niekontrolowanego rozszerzenia zakresu jej stosowania. Należy w szczególności uwzględnić fakt, że pozwolenie na budowę, czyli typowy wyraz działalności organów administracji w dziedzinie *obiektywnie* urbanistycznej, ogranicza się zasadniczo do zniesienia bariery dla rozwoju inicjatywy pochodzącej od osoby prywatnej, a nie od organu administracji publicznej.

54. Uważam, że wymaganie istnienia bezpośredniego związku pomiędzy organami administracji publicznej a obiektami lub robotami budowlanymi, które należy zrealizować, umożliwia pogodzenie wymogów zasadniczo sprzecznych, polegających z jednej strony na zapobieżeniu nadużyciom, a z drugiej strony na uniknięciu niekontrolowanego poszerzania zakresu stosowania dyrektywy. Rozwiązanie to umożliwia w szczególności pełne przestrzeganie zasady, którą Trybunał

wyraził w ww. wyroku w sprawie Auroux i in., zgodnie z którą nabycie własności obiektów budowlanych przez organ administracji nie jest konieczną przesłanką stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. Jednakże wyrok ten nie może służyć jako uzasadnienie podejścia, które całkowicie pomija ścisłe powiązanie pomiędzy organami władzy publicznej a obiektami budowlanymi, które należy zrealizować; według mnie właśnie kryterium bezpośredniego związku może stanowić stosowny wyraz tego koniecznego powiązania.

55. Istnienie tego bezpośredniego związku można w sposób oczywisty stwierdzić w pierwszej kolejności w sytuacjach, w których organ administracji publicznej bezpośrednio uzyskuje własność dobra, które należy zrealizować. Chodzi o najbardziej typowy przypadek i większość sytuacji, w których dyrektywa powinna znaleźć zastosowanie, objęta jest tym modelem stanowiącym odniesienie. Do tej typowej sytuacji podobne są także sytuacje, w których dobra, jakie należy zrealizować, stanowią w każdym razie dla organu administracji publicznej *bezpośrednią korzyść gospodarczą*, mimo że organ ten nie nabywa ich własności. Może chodzić na przykład o sytuacje, w których organy władzy publicznej uzyskują w odniesieniu do realizowanych dóbr prawo, które mimo że jest odrębne od prawa własności, umożliwia jednak, przynajmniej w pewnym stopniu, korzystanie z danych dóbr.

56. Drugi przypadek istnienia bezpośredniego związku pomiędzy organem administracji publicznej a obiektami lub robotami budowlanymi, które należy zrealizować, może być moim zdaniem zidentyfikowany w sytuacji, gdy organ administracji publicznej wykorzystuje w celu wykonania robót lub obiektów budowlanych fundusze publiczne. W większości przypadków chodzi o sytuacje, które objęte są także pierwszym przypadkiem przytoczonym w punkcie poprzednim, biorąc pod uwagę, że w najbardziej klasycznym modelu wykorzystywania funduszy publicznych w celu wykonania robót lub obiektów, czyli w modelu zamówienia publicznego, organy władz publicznych płacą za nabycie własności dóbr, które zostaną zrealizowane. Zresztą, jak już zaznaczyłem, nawet w modelu koncesji mogą być wykorzystywane środki publiczne, przy czym nie mogą one pokryć całej wartości obiektów lub robót budowlanych, które mają być zrealizowane.

57. Ten drugi przypadek obejmuje także sytuacje, w których mimo przekazania nakładów pieniężnych lub innych środków publicznych organ administracji publicznej nie nabywa własności dóbr, które mają być zrealizowane. Jak wyjaśnił Trybunał w wyroku w sprawie Auroux i in., nabycie własności nie jest bowiem elementem niezbędnym. Zresztą wydaje się być w pełni zgodne ze względami słuszności i poszanowaniem podstawowych zasad dyrektywy, że w przypadku gdy organy władzy publicznej zamierzają wykorzystać środki publiczne, wyboru

osób, które otrzymają te środki, dokonuje się z zachowaniem gwarancji oferowanych przez dyrektywę.

58. Oczywiste jest, że przypadek ten obejmuje także sytuacje, w których wykorzystane środki publiczne nie mają charakteru pieniężnego; jest tak na przykład w przypadku, gdy w celu realizacji obiektów lub robót budowlanych wykonawcy lub koncesjonariuszowi przekazuje się do dyspozycji tereny publiczne nieodpłatnie lub po cenie niższej od ceny rynkowej.

59. Trzeci przypadek istnienia bezpośredniego związku pomiędzy organem administracji publicznej a obiektami lub robotami budowlanymi, które należy zrealizować, posiada charakter dopełniający i dotyczy sytuacji, w których te obiekty lub roboty budowlane, pomijając występowanie pierwszego lub drugiego przypadku, są w każdym razie wynikiem inicjatywy podjętej przez sam organ administracji publicznej. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy organy władzy publicznej wszczynają z własnej inicjatywy procedurę, która prowadzi do realizacji obiektów lub robót. Tego typu sytuację Trybunał badał w wyroku w sprawie Auroux i in.[30].

60. Trzeci i ostatni przypadek wymaga jednak istotnego wyjaśnienia. Działalność prowadzona w tym kontekście przez organ administracji publicznej musi wykraczać poza zwykłe wykonywanie uprawnień, które są co do zasady powierzane temu organowi w dziedzinie urbanistyki. Tylko bowiem w ten sposób można zakreślić wyraźną linię demarkacyjną pomiędzy działalnością objętą zakresem stosowania dyrektywy i „zwykłą" działalnością z dziedziny reglamentacji urbanistyki, która jest natomiast jako taka wyłączona spod tego stosowania. W szczególności ocena dotycząca typu działalności wykonywanej przez organ administracji publicznej w każdym konkretnym przypadku będzie musiała być przeprowadzona przez sąd krajowy z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku.

61. W tym kontekście nie można wykluczyć, że realizacja pewnego rodzaju zagospodarowania przestrzennego może być przedmiotem umowy objętej zakresem stosowania dyrektywy. Jednakże musi istnieć pomiędzy organem administracji publicznej a robotami lub obiektami budowlanymi, które mają być zrealizowane, bezpośredni związek w rozumieniu wskazanym w punktach poprzednich. Samo dążenie do realizacji interesu publicznego poprzez wykonywanie zwykłych uprawnień w zakresie urbanistyki nie jest wystarczające, by móc zastosować przepisy wspólnotowe z zakresu zamówień publicznych i koncesji.

62. W niniejszym przypadku naturalnie zadaniem sądu krajowego jest przeprowadzenie oceny istnienia takiego bezpośredniego związku. Zauważam jednak, że w świetle informacji przekazanych Trybunałowi przez sąd krajowy trudno moim zdaniem uznać, że

30 — Wyrok ww. w przypisie 6, pkt 42.

taki związek został dowiedziony. Po pierwsze, jest bowiem oczywiste, że organ administracji publicznej nie nabędzie w niniejszym przypadku żadnego dobra i nie uzyska żadnej bezpośredniej korzyści gospodarczej. Nie wydaje się także, aby można było stwierdzić zaistnienie innych ewentualnych sytuacji, w których istniałby bezpośredni związek, ponieważ miasto Wildeshausen nie podjęło żadnej szczególnej inicjatywy w celu realizacji obiektów budowlanych, ograniczając się do przeprowadzenia oceny poszczególnych planów, które zostały mu przedłożone, ani też nie musiało ono ponieść wydatków w celu ich realizacji. Podobnie te elementy powiązania nie istnieją także w przypadku Bundesanstalt.

C — *Pytania piąte i szóste*

1. Argumenty stron

63. Pytania prejudycjalne piąte i szóste dotyczą jedynie trzeciego „wariantu" pojęcia zamówienia na roboty budowlane[31] i stanowią w pewnej mierze powtórzenie, w odniesieniu do tego przypadku, problemów podniesionych w ramach dwóch pierwszych pytań, w szczególności pytania drugiego.

64. Uściślając, w piątym pytaniu sąd krajowy pragnie ustalić, czy „wymogi określone przez instytucję zamawiającą", o które chodzi w tym wariancie, mogą po prostu oznaczać, że organ administracji publicznej jest uprawniony do upewniania się, że obiekty budowlane, które mają być zrealizowane, odpowiadają interesowi publicznemu.

65. Natomiast w szóstym pytaniu zwrócono się do Trybunału o ustalenie, czy wspomniane „wymogi określone przez instytucję zamawiającą" mogą oznaczać w rzeczywistości przyznane organowi administracji publicznej uprawienia do weryfikowania i zatwierdzenia projektów budowlanych.

66. Wszystkie zainteresowane strony, które przedstawiły uwagi, oczywiście z wyjątkiem Helmuta Müllera, są co do zasady zgodne co do faktu, że w okolicznościach takich jak w sprawie rozstrzyganej przez sąd krajowy nie są spełnione konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu trzeciego wariantu.

67. W szczególności Komisja, rząd niderlandzki i rząd francuski podkreślają konieczność odróżnienia „aktywnej" roli organu administracji publicznej, kiedy to organ ten

31 — Zobacz pkt 20 powyżej.

podejmuje inicjatywę realizacji obiektów budowlanych lub w każdym razie wywiera decydujący wpływ, od całkowicie „biernej" roli, kiedy to organy władzy publicznej ograniczają się do pełnienia funkcji zatwierdzających i kontrolnych w stosunku do projektów przedstawionych przez osoby prywatne. W drugim z wymienionych przypadków nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym, ale co najwyżej z wykonywaniem przez organy administracji publicznej zwykłych zadań w zakresu planowania, zatwierdzania, kontroli etc.

68. Rząd niemiecki opiera swe stanowisko na stwierdzeniu, że także w przypadku trzeciego wariantu pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane muszą być spełnione przesłanki, które ten rząd uznaje za konieczne do stwierdzenia istnienia jednego z dwóch pierwszych wariantów, w tym między innymi przesłanka bezpośredniej użyteczności gospodarczej dla organu administracji publicznej.

2. Ocena

69. Wydaje się, że decyzja sądu krajowego, aby oddzielić w ramach sformułowania pytań skierowanych do Trybunału problematykę dotyczącą dwóch pierwszych wariantów pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane, stanowiącą w szczególności przedmiot pytania drugiego, od problematyki dotyczącej wariantu trzeciego, która jest przedmiotem pytań piątego i szóstego, wynika z woli tego sądu znacznego poszerzenia na podstawie sformułowania trzeciego wariantu zakresu stosowania dyrektywy.

70. Tymczasem jak podkreśliła Komisja w swych uwagach, bezsprzeczne jest, że trzeci wariant pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane został w rzeczywistości przewidziany dla zapobieżenia omijaniu przepisów, umożliwiając objęcie jego zakresem różnych typów sytuacji, których nie można było z góry zdefiniować w sposób wyczerpujący.

71. Jak już wspomniałem powyżej, nie jest jednak możliwe posłużenie się brzmieniem tekstu w celu poszerzenia jego zakresu w sposób całkowicie niekontrolowany. W szczególności gdyby „wymogi określone przez instytucję zamawiającą" mogły obejmować wszystkie zadania z zakresu zatwierdzania i planowania urbanistycznego organów władzy publicznej, zakres stosowania dyrektywy zostałby nadmiernie poszerzony.

72. W rzeczywistości także w odniesieniu do trzeciego wariantu należy zastosować uwagi przedstawione powyżej odnośnie do dwóch pierwszych pytań prejudycjalnych. Nie istnieje żadna przyczyna, aby zakładać, że w odniesieniu do trzeciego wariantu możliwe jest pominięcie konieczności istnienia bezpośredniego związku pomiędzy organem administracji publicznej a obiektami

budowlanymi, które mają być zrealizowane, aby móc zastosować dyrektywę 2004/18.

D — *Wnioski częściowe*

73. Po zakończeniu analizy pierwszego, drugiego, piątego i szóstego pytania prejudycjalnego proponuję zatem, aby Trybunał odpowiedział na te pytania, orzekając, że konstytutywną przesłanką pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane lub koncesji na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 jest istnienie bezpośredniego związku pomiędzy instytucją zamawiającą a obiektami budowlanymi, które mają być zrealizowane. Ten bezpośredni związek może oznaczać między innymi, że obiekt budowlany ma być nabyty przez organ administracji publicznej lub że dostarcza on temu organowi bezpośrednią korzyść gospodarczą, bądź też że instytucja zamawiająca podjęła inicjatywę realizacji obiektów lub robót budowlanych lub poniosła przynajmniej w części związane z ich realizacją koszty.

E — *Pytania trzecie i czwarte*

74. Poprzez pytania trzecie i czwarte Oberlandesgericht Düsseldorf pragnie co do zasady ustalić, czy w ramach pojęcia zamówienia na roboty budowlane zasadnicze znaczenie posiada zobowiązanie wykonawcy do realizacji obiektów lub robót budowlanych. Pytania te, o wyraźnie niespotykanym charakterze, są uzasadnione z uwagi na fakt, że w okolicznościach sprawy rozstrzyganej przez sąd krajowy jest oczywiste, że nabywca terenu przy jego zakupie nie zobowiązał się w żaden sposób do jego zabudowy.

75. Niemalże wszystkie zainteresowane strony, które przedstawiły swe uwagi, zgadzają się co do zasady co do konieczności udzielenia odpowiedzi twierdzącej na te pytania i nie istnieje żadna znacząca różnica pomiędzy przyjmowanymi przez nie stanowiskami. Jedynie spółka Helmut Müller, powód w postępowaniu przed sądem krajowym, sugeruje Trybunałowi z oczywistych względów przyjęcie podejścia sądu krajowego, zgodnie z którym istnienie tego obowiązku nie jest konieczne.

76. Wydaje mi się jednak oczywiste, że na pytania te należy odpowiedzieć twierdząco i że obowiązek realizacji robót lub obiektów budowlanych stanowi konstytutywną przesłankę istnienia zamówienia publicznego na roboty budowlane lub koncesji na roboty budowlane.

77. Wynika to po pierwsze i przede wszystkim z przepisów samej dyrektywy 2004/18,

która, jak podkreśliłem, definiuje zamówienie publiczne na roboty budowlane jako odpłatną umowę. Z samego pojęcia wynika zatem idea wymiany świadczeń pomiędzy instytucją zamawiającą, która uiszcza cenę (lub ewentualnie przyznaje prawo do korzystania), i wykonawcą, który ma realizować roboty lub obiekty budowlane. Synalagmatyczny charakter zamówienia publicznego w konsekwencji jest oczywisty. Byłoby wyraźnie sprzeczne z tym charakterem uznanie, że po udzieleniu zamówienia wykonawca może po prostu postanowić w sposób jednostronny i bez konsekwencji, by nie realizować tego, co zostało przewidziane. Oznaczałoby to przyznanie wykonawcy uprawnień dyskrecjonalnych w stosunku do wymogów i potrzeb instytucji zamawiającej.

78. Inne i pojęciowo odrębne pytanie stawiane przez sąd krajowy dotyczy wymogu, aby w celu stwierdzenia istnienia zamówienia publicznego na roboty budowlane ewentualne zobowiązanie wykonawcy w stosunku do organu administracji publicznej było zobowiązaniem, którego wykonanie można egzekwować na drodze sądowej. Inaczej mówiąc, sąd krajowy pyta, czy w przypadku braku realizacji zamówienia należy przewidzieć możliwość wszczęcia przez instytucję zamawiającą postępowania w celu zobowiązania wykonawcy do jego wykonania.

79. Jeśli poprzez to sformułowanie sąd krajowy zamierza uzyskać od Trybunału odpowiedź, czy w dziedzinie zamówień na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 prawo krajowe musi koniecznie przewidywać instrumenty, dzięki którym wykonawca może być zobowiązany do realizacji obiektów lub robót przewidzianych w umowie, moim zdaniem odpowiedź na to pytanie powinna być przecząca, biorąc po uwagę że żadna wskazówka w tym zakresie nie została zawarta w dyrektywie.

80. Nie oznacza to jednak, że ewentualne uchybienie wykonawcy może być pozbawione znaczenia. Nie można bowiem zapominać, jak wskazałem powyżej, że zamówienie publiczne na roboty budowlane jest pod każdym względem umową, czyli aktem prawnym, który w różnorodnych krajowych porządkach prawnych zawsze posiada charakter wiążący. Jak słusznie zauważa rząd niemiecki w swych uwagach, aby można było mówić o zamówieniu na roboty budowlane, wykonawca musi być zobowiązany w umowie do realizacji przewidzianego świadczenia. Konsekwencje ewentualnego uchybienia są natomiast regulowane przez prawo krajowe: nic nie stoi na przeszkodzie, aby na przykład w przypadku braku realizacji zamówienia przez wykonawcę prawo krajowe państwa członkowskiego przewidywało rozwiązanie umowy, udzielenie zamówienia innemu wykonawcy i prawo domagania się przez organ administracji publicznej od pierwszego wykonawcy wypłaty odszkodowania.

81. W konsekwencji proponuję, aby Trybunał odpowiedział na trzecie i czwarte pytanie prejudycjalne, orzekając, że konstytutywną

przesłanką pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane i pojęcia koncesji na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 jest zobowiązanie w umowie wykonawcy wobec organu administracji publicznej do realizacji uzgodnionego świadczenia. Określenie konsekwencji ewentualnego uchybienia wykonawcy leży w gestii prawa krajowego.

F — *Pytanie siódme*

82. Poprzez pytanie siódme sąd krajowy pragnie ustalić, czy można mówić o koncesji na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18, w przypadku gdy „koncesjonariusz" jest właścicielem i jako takiemu przysługuje mu prawo korzystania z dobra będącego przedmiotem koncesji[32]. Ogólniej rzecz ujmując, pytanie dotyczy dopuszczalności w świetle prawa wspólnotowego udzielania koncesji na czas nieokreślony.

32 — W celu uściślenia należy zauważyć, że w pytaniu sąd krajowy odwołuje się do własności *terenu*, na którym mają być wykonane roboty lub obiekty budowlane. Jak jednakże zauważa ten sąd w uzasadnieniu postanowienia odsyłającego, w prawie niemieckim prawo użytkowania budynku wynika bezpośrednio z prawa własności terenu, na którym budynek ma powstać. W konsekwencji prawdziwym problemem, znajdującym się u podstaw pytania, jest właśnie problem stosunku pomiędzy koncesją a prawem własności.

1. Stanowiska stron

83. Najbardziej wyraźnie stanowisko w tej kwestii przyjmuje rząd niemiecki, który wyklucza co do zasady zgodność koncesji z istnieniem prawa własności. Z definicji bowiem koncesja zakłada, że koncedent posiada prawa, które są przekazywane koncesjonariuszowi.

84. Rządy niderlandzki i austriacki nie wykluczają w sposób bezwzględny zgodności koncesji z prawem własności, stwierdzając, że w niniejszym przypadku rola organu administracji publicznej była zbyt ograniczona, aby można było mówić o koncesji. W tym celu bowiem zdaniem tych rządów konieczne byłoby, aby organy władzy publicznej przekazały koncesjonariuszowi co najmniej szczegółowe instrukcje dotyczące robót lub obiektów budowlanych, które mają być realizowane.

85. Jedynie Komisja przyjmuje, przeciwnie, stanowisko bardziej otwarte. W szczególności opierając się na fakcie, że cechą koncesji na roboty budowlane jest, że koncesjonariusz ponosi ryzyko gospodarcze związane z realizacją robót lub obiektów budowlanych, Komisja stwierdza, że w niniejszym przypadku to ryzyko gospodarcze stanowi brak pewności „koncesjonariusza" co do przyjęcia przez organ administracji publicznej jego projektów budowy, dla realizacji których

należało uprzednio dokonać odpłatnego nabycia terenu.

2. Ocena

86. Siódme pytanie jest w pewien sposób, przynajmniej co do zasady, najbardziej problematyczne. Problem zgodności pomiędzy koncesją na roboty budowlane a prawem własności ma bowiem znaczące konsekwencje zarówno teoretyczne, jak i praktyczne.

87. Decyzja organu administracji publicznej, aby odwołać się do koncesji na roboty publiczne, może wynikać z różnych powodów. W niektórych przypadkach może to być wola skorzystania ze szczególnego doświadczenia istniejącego w sektorze prywatnym, a także wola wykonania obiektów budowlanych w sposób bardziej efektywny. Jednakże nie ulega wątpliwości, że w większości przypadków decyzja o zastosowaniu koncesji wynika z wymogów o charakterze finansowym. Korzystając z tego instrumentu, można realizować obiekty interesu publicznego bez finansowego obciążania budżetu publicznego[33].

33 — Zobacz w odniesieniu do tego ratio legis komunikat interpretujący Komisji w sprawie koncesji w prawie wspólnotowym (Dz.U. 2000, C 121, s. 2, pkt 1, 2) i ostatni komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 15 listopada 2005 r. w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji [COM(2005) 569 wersja ostateczna, pkt 1].

88. Zgodnie z samą etymologią terminu, koncesja stanowi przyznaną osobie możliwość skorzystania z dobra, wobec którego w przeciwnym wypadku nie mogłaby domagać się żadnego prawa.

89. Dyrektywa 2004/18 mówi po prostu w ramach definicji koncesji na roboty budowlane o „prawie do eksploatacji obiektu budowlanego" przyznanym w zamian osobie, która realizuje ten obiekt budowlany.

90. Tymczasem mimo że „prawo do eksploatacji" może być interpretowane szeroko, wydaje mi się, że biorąc pod uwagę znaczenie i ogólną systematykę rozpatrywanych przepisów, należy wykluczyć możliwość istnienia koncesji na roboty budowlane, w której przyznaje się prawo własności koncesjonariuszowi w odniesieniu do realizowanych obiektów budowlanych.

91. Po pierwsze, jak wskazał między innymi rząd niemiecki, fakt, że dyrektywa mówi o prawie do eksploatacji przyznanym

koncesjonariuszowi, wydaje się oznaczać zgodnie z wszelką logiką, że koncesjonariusz nie może posiadać w odniesieniu do danego dobra szerszego prawa takiego jak prawo własności.

92. Ponadto sytuacja ta – poza faktem, że trudno jest ją pogodzić ze sformułowaniem rozpatrywanego przepisu – pozbawiłaby organy władzy publicznej tego, co wydaje nam się być jedną z podstawowych cech koncesji na roboty budowlane, czyli możliwości wejścia przez organ administracji publicznej w posiadanie zrealizowanych obiektów w celu ponownego przyznania w stosownym przypadku prawa do eksploatacji obiektów budowlanych.

93. Innymi słowy, pojawia się problem także w odniesieniu do obiektywnych cech prawa własności dotyczących możliwości korzystania z dobra z uwagi na co do zasady nieograniczony w czasie charakter tego prawa. Prawo eksploatacji powierzone koncesjonariuszowi nie może być w żadnym przypadku przyznane na czas nieokreślony, niezależnie od tytułu prawnego, na podstawie którego może być wykonywane.

94. Ponadto nie należy także zapominać, że w typowym modelu koncesji według prawa wspólnotowego decydujący element odróżniający, który służy w szczególności do odróżnienia koncesji od zamówienia publicznego, polega na istnieniu w ramach koncesji ryzyka gospodarczego ponoszonego przez koncesjonariusza, które nie istnieje natomiast w przypadku zamówień publicznych[34]. W rozpatrywanym tu przypadku dla uznania, że istnieje ryzyko tego rodzaju, Komisja musi utożsamić go z faktem, że w ramach wykonywania zadań z zakresu urbanistyki organy władzy publicznej mogłyby po zakupie terenu przez zainteresowaną stronę odmówić udzielenia pozwolenia na budowę w odniesieniu do planowanych obiektów budowlanych. Jednakże bardziej niż ryzyko związane z gospodarczą eksploatacją tych obiektów budowlanych ta „przypadkowość" wydaje się stanowić zwykłą niepewność, na jaką narażona jest każda osoba prywatna, która zwraca się do organu administracji publicznej o podjęcie działania w ramach jego uprawnień dyskrecjonalnych.

95. Ponadto gospodarcze ryzyko charakteryzujące koncesję na roboty budowlane, o której mowa w dyrektywie, jest w rzeczywistości bezpośrednią konsekwencją także ograniczonego w czasie charakteru tej koncesji. Natomiast prawo przyznane na czas nieokreślony w odniesieniu do dóbr, jakie mają być zrealizowane, umożliwia co do zasady wykluczenie w każdym razie istnienia ryzyka

34 — Zobacz wyroki: z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 40; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-437/07 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-153*, pkt 29–31. Ryzyko to niekoniecznie musi być wysokie, ponieważ istnieją rodzaje działalności, w ramach których jest ono istotnie obniżone: powinno ono jednak stanowić całość lub w każdym razie znaczącą część ryzyka, które organ administracji publicznej ponosiłby, gdyby bezpośrednio prowadził tę działalność (wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 Eurawasser, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 69–77).

gospodarczego, ponieważ wraz z upływem czasu zawsze jest możliwe zaradzenie ewentualnym trudnościom występującym w ramach eksploatacji dóbr.

96. Wreszcie istnieje inny czynnik przemawiający na rzecz ograniczenia w czasie, co do zasady, koncesji w ramach prawa wspólnotowego. Już wielokrotnie podniosłem w niniejszej opinii, że podstawowym celem przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych jest w istocie wspieranie, w najszerszym z możliwych zakresów, konkurencji poprzez wyeliminowanie wszelkich ograniczeń podstawowych swobód. W tym kontekście uznanie możliwości istnienia koncesji nieograniczonych w czasie oznaczałoby wykluczenie, ze szkodą dla konkurencji i efektywności, możliwości eksploatacji obiektów budowlanych w przyszłości przez inne osoby, zgodnie z bardziej efektywnymi zasadami i kryteriami.

97. Wynikające z powyższego konsekwencje posiadają dwojaki charakter. Z jednej strony zasadniczo nie można przyznawać koncesji na czas nieokreślony[35]. Z drugiej strony nie można przyznać osobie koncesji w odniesieniu do dobra, którego jest ona już właścicielem, chyba że na mocy prawa krajowego po pewnym czasie organ administracji publicznej nabywa w odniesieniu do tego dobra prawo własności lub prawo analogiczne.

98. Podsumowując, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na siódme pytanie prejudycjalne, orzekając, że koncesja na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 nie może w żadnym wypadku przewidywać przyznania koncesjonariuszowi prawa nieograniczonego w czasie w odniesieniu do dobra będącego przedmiotem koncesji.

## G — *Pytania ósme i dziewiąte*

99. Z uwagi na ich przedmiot ósme i dziewiąte pytanie prejudycjalne także mogą być zbadane łącznie. Poprzez ósme pytanie sąd krajowy pragnie ustalić, czy przepisy dyrektywy 2004/18 mają zastosowanie od momentu, w którym organ administracji publicznej, chociaż jeszcze formalnie nie postanowił o udzieleniu zamówienia publicznego, zbywa teren z zamiarem udzielenia następnie zamówienia w odniesieniu do tego

35 — Uznaję za prawidłową i zgodną z prawem wspólnotowym ww. w przypisie 7 nową ustawę niemiecką, która w szczególności wprowadza definicję koncesji na roboty budowlane, wskazującą wyraźnie na ograniczony w czasie charakter prawa, które jest przyznawane koncesjonariuszowi.

terenu. Dziewiąte pytanie dotyczy natomiast możliwości traktowania jako całość z prawnego punktu widzenia zbycia terenu i późniejszego udzielenia zamówienia.

100. Jak stwierdziłem, obydwa pytania dotyczą możliwości zapobieżenia ewentualnym nadużyciom prawa w celu uniknięcia stosowania przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych, dzięki zastosowaniu tych przepisów w oderwaniu od typowego porządku chronologicznego, o którym także mowa w dyrektywie.

101. Należy stwierdzić, że biorąc pod uwagę odpowiedzi, które proponuję udzielić na poprzednie pytania prejudycjalne, a zwłaszcza na pytanie siódme, jest prawdopodobnie zbyteczne dostarczenie także sądowi krajowemu rozwiązania w odniesieniu do pytań ósmego i dziewiątego, ponieważ należy wykluczyć, by zamówienie lub koncesja na roboty budowlane w rozumieniu prawa wspólnotowego mogły być zgodne z prawem własności rzekomego wykonawcy/koncesjonariusza w odniesieniu do danych dóbr. Jednakże w celu uzupełnienia analizy i na wypadek gdyby Trybunał nie podzielał mojego podejścia w odniesieniu do poprzednich pytań, przedstawię kilka zwięzłych uwag w tej kwestii.

102. Spośród zainteresowanych stron, które przedstawiły swe uwagi w ramach niniejszej sprawy, jedynie Komisja przyjmuje przychylne stanowisko w odniesieniu do podejścia popieranego przez sąd krajowy. Zaznaczając bowiem, że do sądów krajowych należy ocena każdego przypadku, Komisja przyznaje, że zasadniczo w sytuacji tego rodzaju jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym można zastosować dyrektywę 2004/18 już od momentu, w którym organ administracji decyduje o zbyciu terenu. Natomiast wszystkie pozostałe strony uważają, przy czym ich stanowiska różnią się w szczegółach, że zwykły zamiar organu administracji publicznej jest pozbawiony znaczenia.

103. Nie ulega wątpliwości, że – jak podnosi sąd krajowy – odpowiedź na ósme i dziewiąte pytanie nie może być udzielona w oderwaniu od rozważań Trybunału zawartych w wyroku w sprawie Mödling[36]. W tej sprawie Trybunał musiał orzec w odniesieniu do sytuacji, w której gmina austriacka bezpośrednio udzieliła zamówienia na usługi w zakresie zbiórki odpadów spółce w pełni kontrolowanej przez wspomnianą gminę, zbywając następnie, kilka dni później, 49% udziałów we wspomnianej spółce na rzecz osoby prywatnej. Trybunał w konsekwencji orzekł, że wobec oczywiście „sztucznej konstrukcji”[37], która co do zasady pozbawiła dyrektywy z zakresu zamówień publicznych skuteczności, prawna ocena danego przypadku może być przeprowadzona „z uwzględnieniem wszystkich tych

36 — Wyżej wymieniony w przypisie 10.
37 — Ibidem, pkt 40.

etapów oraz ich celu, a nie pod kątem czysto chronologicznego następstwa wydarzeń"[38].

104. Wydaje mi się oczywiste, że rozumowanie Trybunału w wyroku w sprawie Mödling opiera się na dwóch podstawach. Pierwszą, wskazaną bezpośrednio, stanowi konieczność ochrony skuteczności dyrektywy[39]. Drugą, wynikającą w sposób dorozumiany, ale stanowiącą co do istoty drugą stronę medalu, jest wola zapobieżenia nadużyciom prawa.

105. Rozważania Trybunału zawarte w wyroku w sprawie Mödling mogą z pewnością być uogólnione i pozwalają zatem uznać, że w celu uniknięcia nadużyć prawa i zapewnienia skuteczności przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych dwa formalnie odrębne akty, zwłaszcza z punktu widzenia chronologii, mogą być uznane za jednoczesne, a nawet za stanowiące jeden akt prawny.

106. Ocena ta należy bez wątpienia do sądu krajowego, który jest jedynym podmiotem dysponującym wszelkimi koniecznymi do tego celu informacjami o charakterze faktycznym i prawnym. Jednakże z oczywistych powodów dotyczących konieczności zapewnienia pewności prawa muszą być spełnione pewne ścisłe przesłanki. W szczególności niezbyt długi odstęp czasu musi dzielić zbycie terenu i udzielenie zamówienia, jak też muszą istnieć przekonywające informacje w celu wykazania, że zamiar organu administracji w odniesieniu do zamówienia istniał już w chwili dokonywania zbycia terenu. Z wyjątkiem oczywistych nadużyć, w których wola ominięcia przepisów jest w pełni jasna od początku, tylko w ocenie ex post będzie można prawidłowo uwzględnić wszystkie wskazane informacje.

107. W konsekwencji proponuję odpowiedzieć w stosownym przypadku na ósme i dziewiąte pytanie prejudycjalne w ten sposób, że w razie istnienia wyraźnych oznak co do woli ominięcia przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych i koncesji w ocenie prawnej danego przypadku można uznać za stanowiące jeden akt prawny, zwłaszcza z punktu widzenia chronologicznego, dwa formalnie odrębne akty zbycia terenu i udzielenia zamówienia lub koncesji w odniesieniu do tego terenu. Zadaniem sądu krajowego jest zweryfikowanie w świetle wszystkich okoliczności danego przypadku istnienia takiego zamiaru ominięcia przepisów.

38 — Ibidem, pkt 41.
39 — Ibidem, pkt 42.

## V — Wnioski

108. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał na pytania prejudycjalne Oberlandesgericht Düsseldorf udzielił następujących odpowiedzi:

Konstytutywną przesłanką pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane lub koncesji na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi jest istnienie bezpośredniego związku pomiędzy instytucją zamawiającą a obiektami budowlanymi, które mają być zrealizowane. Ten bezpośredni związek może oznaczać między innymi, że obiekt budowlany ma być nabyty przez organ administracji publicznej lub że dostarcza on temu organowi bezpośrednią korzyść gospodarczą, bądź też że instytucja zamawiająca podjęła inicjatywę realizacji obiektów lub robót budowlanych lub poniosła przynajmniej w części koszty związane z ich realizacją.

Konstytutywną przesłanką pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane i pojęcia koncesji na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 jest zobowiązanie w umowie wykonawcy wobec organu administracji publicznej do realizacji uzgodnionego świadczenia. Określenie konsekwencji ewentualnego uchybienia wykonawcy leży w gestii prawa krajowego.

Koncesja na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 2004/18 nie może w żadnym wypadku przewidywać przyznania koncesjonariuszowi prawa nieograniczonego w czasie w odniesieniu do dobra będącego przedmiotem koncesji.

W sytuacji istnienia wyraźnych oznak co do woli ominięcia przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych i koncesji w ocenie prawnej danego przypadku można uznać za stanowiące jeden akt prawny, zwłaszcza z punktu widzenia chronologicznego, dwa formalnie odrębne akty zbycia terenu i udzielenia zamówienia lub koncesji w odniesieniu do tego terenu. Zadaniem sądu krajowego jest zweryfikowanie w świetle wszystkich okoliczności danego przypadku istnienia takiego zamiaru ominięcia przepisów.