WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 25 marca 2010 r. *

W sprawie C-451/08

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy) postanowieniem z dnia 2 października 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 16 października 2008 r., w postępowaniu:

Helmut Müller GmbH

przeciwko

Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,

przy udziale:

Gut Spascher Sand Immobilien GmbH,

* Język postępowania: niemiecki.

miasta Wildeshausen,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), prezes drugiej izby, pełniący obowiązki prezesa trzeciej izby, P. Lindh, A. Rosas, A. Ó Caoimh i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Mengozzi,
sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 23 września 2009 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Helmut Müller GmbH przez O. Grübbela, Rechtsanwalt,

— w imieniu la Bundesanstalt für Immobilienaufgaben przez S. Hertwiga, Rechtsanwalt,

— w imieniu miasta Wildeshausen przez J. Lauenrotha, Rechtsanwalt,

— w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lummę oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu francuskiego przez G. de Berguesa oraz J.S. Pilczera, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu włoskiego przez G. Fiengę, avvocato dello Stato,

— w imieniu rządu niderlandzkiego przez C. Wissels oraz Y. de Vriesa, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu austriackiego przez E. Riedla oraz M. Fruhmanna, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez G. Wilmsa oraz C. Zadrę, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Helmut Müller GmbH (zwaną dalej „spółką Helmut Müller") a Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (federalnym urzędem do spraw nieruchomości, zwanym dalej „Bundesanstalt") w przedmiocie sprzedaży przez ten ostatni gruntu, na którym nabywca miał następnie wykonać roboty odpowiadające celom rozwoju urbanistycznego określonym przez jednostkę samorządu terytorialnego, czyli przez miasto Wildeshausen.

Ramy prawne

Uregulowania Unii

3 Zgodnie z motywem drugim dyrektywy 2004/18:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu [WE], a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu".

4 Artykuł 1 ust. 2 i 3 tej dyrektywy przewiduje:

„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".

5 Zgodnie z art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi:

a) mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich […]".

Uregulowania krajowe

6 Artykuł 10 ust. 1 Baugesetzbuch (kodeksu budowlanego) z dnia 23 września 2004 r. (BGBl. 2004 I, s. 2414, zwanego dalej „BauGB") stanowi:

„Gmina przyjmuje projekt zagospodarowania przestrzennego w formie uchwały".

7 Artykuł 12 BauGB ma następujące brzmienie:

„1) Gmina może określić dopuszczalność projektu, przyjmując plan zagospodarowanie przestrzennego dla tego projektu, jeżeli jego wykonawca, na podstawie uzgodnionego z gminą planu wykonania projektu i doprowadzenia instalacji (planu projektu i instalacji), jest gotowy zobowiązać się do jego wykonania w określonym terminie i do poniesienia całości lub części kosztów planowania i doprowadzenia instalacji przed wydaniem decyzji w rozumieniu art. 10 ust. 1 (umowa o wykonanie). […]

[…]

3 a) Jeżeli plan zagospodarowania przestrzennego dla danego projektu określa, przez wyznaczenie strefy zabudowy […] lub w inny sposób, przeznaczenie obiektów budowlanych […], należy […] przewidzieć, że w ramach określonego sposobu przeznaczenia dopuszczalne są jedynie projekty, do których realizacji zobowiązał się wykonawca w umowie o wykonanie. […]

[…]”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

8 Bundesanstalt był właścicielem nieruchomości zwanej „koszarami Wittekind”, o powierzchni niespełna 24 hektarów, położonej w Wildeshausen (Niemcy).

9 W październiku 2005 r. rada miasta Wildeshausen postanowiła o przystąpieniu do analiz projektu rozwoju urbanistycznego w celu ponownego wykorzystania na cele cywilne powyższych terenów, stanowiących około 3% zabudowanej i niezabudowanej powierzchni miasta.

10 W październiku 2006 r. Bundesanstalt ogłosił w Internecie i prasie codziennej, że zamierza sprzedać koszary Wittekind.

11 W dniu 2 listopada 2006 r. spółka Helmut Müller, działająca w sektorze nieruchomości, złożyła ofertę kupna za cenę 4 milionów EUR, jednakże obwarowała ją warunkiem polegającym na tym, iż podstawą planu zagospodarowania przestrzennego będzie przedstawiony przez nią projekt wykorzystania terenu.

12 Na początku 2007 r. zaprzestano użytkowania koszar Wittekind.

13 W styczniu 2007 r. Bundesanstalt ogłosił zaproszenie do składania ofert, w celu jak najszybszego sprzedania powyższej nieruchomości w aktualnym stanie.

14 W dniu 9 stycznia 2007 r. spółka Helmut Müller złożyła ofertę w wysokości 400 000 EUR, którą podniosła do 1 miliona EUR w dniu 15 stycznia 2007 r.

15 Inne przedsiębiorstwo działające w branży nieruchomościowej, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (zwane dalej „spółką GSSI"), będące wówczas na etapie tworzenia, złożyło ofertę w wysokości 2,5 miliona EUR.

16 Złożone zostały jeszcze dwie inne oferty.

17 Według wyceny przedstawionej sądowi krajowemu przez Bundesanstalt wartość nieruchomości wynosiła na dzień 1 maja 2007 r. 2,33 miliona EUR.

18 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym projekty oferentów zostały przedstawione miastu Wildeshausen i przedyskutowane z nim przy udziale Bundesanstalt.

19 W międzyczasie Bundesanstalt dokonał oceny projektów przedstawionych przez spółki Helmut Müller i GSSI i opowiedział się za projektem tej ostatniej ze względów urbanistycznych. Uznał on, że projekt ten spowoduje wzrost atrakcyjności terenu dla miasta Wildeshausen i poinformował o tym władze miejskie.

20 Uzgodniono zatem, że nieruchomość zostanie sprzedana dopiero po zaakceptowaniu projektu przez radę miasta Wildeshausen. Bundesanstalt potwierdził, że postąpi zgodnie z decyzją miasta.

21 Z postępowania odsyłającego wynika dalej, że rada miasta Wildeshausen opowiedziała się za projektem spółki GSSI i w dniu 24 maja 2007 r. uchwaliła między innymi, co następuje:

„Rada miasta Wildeshausen może dokonać oceny projektu przedstawionego przez R. [członka zarządu spółki GSSI] i wszcząć procedurę opracowania odpowiedniego planu zagospodarowania przestrzennego […].

Prawo nie przyznaje żadnego prawa do uzyskania planu zagospodarowania przestrzennego (powiązanego ewentualnie z projektem).

Prawo zakazuje [miastu Wildeshausen] przyjmowania wiążących zobowiązań co do możliwości zabudowy oraz ograniczania swej swobody uznania (której granice są zresztą prawnie wyznaczone) przed zakończeniem zwykłej procedury uchwalania planu zagospodarowania.

Wcześniejsze decyzje nie są więc w żaden sposób wiążące w zakresie planu zagospodarowania przestrzennego [miasta Wildeshausen].

Deweloper i inne osoby zainteresowane projektem przyjmują na siebie ryzyko związane z kosztami planowania oraz innymi kosztami".

22 Niezwłocznie po podjęciu powyższej uchwały z dnia 24 maja 2007 r. rada miasta Wildeshausen uchyliła swą uchwałę z października 2005 r. w sprawie przystąpienia do wstępnych analiz rozwoju urbanistycznego.

23 Umową zawartą w formie aktu notarialnego w dniu 6 czerwca 2007 r. Bundesanstalt, za zgodą miasta Wildeshausen, sprzedał koszary Wittekind spółce GSSI. Poinformował on o tym fakcie spółkę Helmut Müller w dniu 7 czerwca 2007 r. W styczniu 2008 r. spółka GSSI została wpisana do księgi wieczystej jako właściciel tej nieruchomości. Umową zawartą w formie aktu notarialnego z dnia 15 maja 2008 r. Bundesanstalt i GSSI potwierdziły umowę sprzedaży z dnia 6 czerwca 2007 r.

24 Spółka Helmut Müller wniosła odwołanie do Vergabekammer (organu pierwszej instancji właściwego w sprawach zamówień publicznych), podnosząc, że nie została przeprowadzona procedura udzielania zamówień publicznych zgodna z zasadami, mimo że sprzedaż koszar podlegała prawu zamówień publicznych. Spółka ta twierdziła, że umowa sprzedaży jest nieważna, ponieważ nie udzielano jej, jako kandydatowi do nabycia tego terenu, informacji w odpowiednim czasie.

25 Vergabekammer odrzuciła odwołanie jako niedopuszczalne, uzasadniając zasadniczo, że spółce GSSI nie udzielono żadnego zamówienia na roboty budowlane.

26 Spółka Helmut Müller zaskarżyła powyższą decyzję do Oberlandesgericht Düsseldorf, podnosząc, że w świetle okoliczności sprawy należy uznać, iż GSSI udzielone zostało zamówienie na roboty budowlane w postaci koncesji na roboty budowlane. Zdaniem spółki Helmut Müller istotne decyzje zostały wydane wspólnie przez Bundesanstalt i miasto Wildeshausen.

27 Oberlandesgericht Düsseldorf skłania się do przyjęcia tej argumentacji. Sąd ten uważa, że w niedalekiej, lecz nie dającej się jeszcze określić, przyszłości miasto

Wildeshausen, korzystając z przysługującego mu swobodnego uznania, uchwali plan zagospodarowania przestrzennego dla konkretnego projektu w rozumieniu art. 12 BauGB, przyzna spółce GSSI kontrakt na wykonanie w rozumieniu tego przepisu i tym samym udzieli tej spółce zamówienia publicznego na roboty budowlane.

28 Biorąc pod uwagę, że miasto Wildeshausen nie będzie wypłacać żadnego wynagrodzenia, sąd ten uważa, że zamówienie publiczne na roboty budowlane powinno zostać udzielone w formie koncesji na roboty budowlane i że GSSI ponosi ryzyko gospodarcze związane z tą operacją. Zdaniem tego sądu przeniesienie własności terenu i udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane należy traktować jako całość z punktu widzenia prawa zamówień publicznych. Działania Bundesanstalt i miasta Wildeshausen podjęte zostały jedynie w różnym czasie.

29 Oberlandesgericht Düsseldorf dodaje, że zajął takie samo stanowisko w innych rozpatrywanych przez siebie sporach, a w szczególności w wyroku z dnia 13 czerwca 2007 r. dotyczącym terenów lotniska w Ahlhorn (Niemcy). Jego ocena nie jest jednak jednogłośnie przyjmowana; orzecznictwo sądów niemieckich idzie raczej w innym kierunku. Ponadto zgodnie z postanowieniem odsyłającym niemiecki rząd federalny ma zmienić ustawodawstwo krajowe w dziedzinie zamówień publicznych w sposób sprzeczny ze stanowiskiem sądu krajowego w niniejszej sprawie.

30 Projekt ustawy przywołany przez sąd krajowy przewiduje doprecyzowanie definicji pojęcia zamówień publicznych zawartego w art. 99 ust. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji) z dnia 15 lipca 2005 r. (BGBl. 2005 I, s. 2114) w sposób następujący (przewidywane zmiany zaznaczone kursywą):

„Zamówienia na roboty budowlane oznaczają umowy dotyczące wykonania lub jednoczesnego planowania i wykonania, *dla instytucji zamawiającej,* robót budowlanych lub obiektu budowlanego, który stanowi rezultat robót budowlanych w zakresie

budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej i który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, lub obiektu budowlanego, *stanowiącego bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym dla instytucji zamawiającej,* odpowiadającego wymogom określonym przez tę instytucję, przez osoby trzecie".

31 Przewiduje się również uzupełnienie art. 99 tej ustawy o nowy ust. 6, zawierający następującą definicję koncesji na publiczne roboty budowlane:

„Koncesja na roboty budowlane oznacza umowę dotyczącą wykonania zamówienia publicznego na roboty budowlane, w której świadczeniem wzajemnym z tytułu robót nie jest wynagrodzenie pieniężne, lecz prawo do eksploatacji obiektu przez czas określony lub też takie prawo wraz z zapłatą ceny".

32 Wkrótce po złożeniu niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powyższe zmiany zostały uchwalone w ramach Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (ustawy o zmianie prawa zamówień publicznych) z dnia 20 kwietnia 2009 r. (BGBl. 2009 I, s. 790).

33 W tych okolicznościach Oberlandesgericht Düsseldorf postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy konstytutywną przesłanką zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy [2004/18] 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 [2004/18] nie można zrezygnować z elementu realizacji obiektu: czy zgodnie z wariantem drugim powyższego przepisu należy przyjąć realizację obiektu, jeżeli roboty budowlane mają na celu realizację dla instytucji zamawiającej określonego celu publicznego (na przykład ma 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 [2004/18] 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 [2004/18] 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 [2004/18]?

6) Czy przesłanki pojęcia »wymogi określone przez instytucję zamawiającą« występującego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy [2004/18] 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 [2004/18] 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 [2004/18] 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 z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705)?".

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

34 W większości wersji językowych dyrektywy 2004/18 pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" zawarte w art. 1 ust. 2 lit. b) obejmuje trzy warianty. Pierwszy polega na wykonaniu, ewentualnie wraz z projektowaniem, robót budowlanych należących do jednej z kategorii wymienionych w załączniku I do tej dyrektywy. Drugi dotyczy wykonania, ewentualnie wraz z projektowaniem, obiektu budowlanego. Trzeci wariant polega na wykonaniu, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą.

35 „Obiekt budowlany" w rozumieniu tego przepisu oznacza „wynik całości robot budowlanych w zakresie budownictwa, inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną".

36 Podczas gdy większość wersji językowych posługuje się wyrażeniem „obiekt budowlany" zarówno w wariancie drugim, jak i trzecim, wersja niemiecka zawiera dwa różne wyrażenia, to znaczy „Bauwerk" (obiekt budowlany) w drugim wariancie i „Bauleistung" (świadczenia budowlane) w trzecim.

37 Ponadto wersja niemiecka art. 1 ust. 2 lit. b) jako jedyna przewiduje, że działalność, o której mowa w wariancie trzecim, musi być wykonana nie tylko „za pomocą dowolnych środków", lecz również „przez osoby trzecie" („durch Dritte").

38 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sformułowania użytego w jednej z wersji językowych przepisu prawa Unii nie można traktować jako jedynej podstawy jego wykładni lub przyznawać mu w tym zakresie pierwszeństwa względem innych wersji językowych. Takie stanowisko byłoby bowiem niezgodne z wymogiem jednolitego stosowania prawa Unii. W przypadku wystąpienia rozbieżności między różnymi wersjami językowymi dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego jest częścią (zob. wyroki: z dnia 27 marca 1990 r. w sprawie C-372/88 Cricket St Thomas, Rec. s. I-1345, pkt 18, 19; z dnia 12 listopada 1998 r. w sprawie C-149/97 Institute of the Motor Industry, Rec. s. I-7053, pkt 16; z dnia 9 października 2008 r. w sprawie C-239/07 Sabatauskas i in., Rec. s. I-7523, pkt 38, 39).

39 Odpowiedzi na pytania sądu krajowego należy udzielić w świetle powyższych rozważań.

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

40 Zwracając się z dwoma pierwszymi pytaniami, które należy rozważać łącznie, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia były wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej i stanowiły dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym, czy też wystarczy, by roboty te realizowały cel publiczny, taki jak rozwój urbanistyczny części gminy.

41 Na wstępie należy wyjaśnić, że sprzedaż na rzecz przedsiębiorstwa, przez organ publiczny, terenu niezabudowanego lub wraz z istniejącymi już budynkami nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18. Po pierwsze bowiem, w ramach takiego zamówienia organ publiczny musi zajmować pozycję nabywcy, a nie sprzedającego. Po drugie, przedmiot takiego zamówienia powinno stanowić wykonanie robót.

42 Powyższa ocena znajduje oparcie w art. 16 lit. a) przywołanej dyrektywy.

43 Dlatego wykluczyć należy, by sprzedaż – taka jak będąca przedmiotem sprawy przed sądem krajowym sprzedaż koszar Wittekind przez Bundesanstalt spółce GSSI – mogła sama w sobie stanowić zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 2lit. b) dyrektywy 2004/18.

44 Omawiane pytania sądu krajowego nie dotyczą jednak tej relacji sprzedający – kupujący, lecz raczej stosunków między miastem Wildeshausen a GSSI, to znaczy między organem publicznym właściwym w dziedzinie urbanizacji a nabywcą koszar Wittekind. Sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy stosunki te mogą być konstytutywne dla zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu przywołanego przepisu.

45 W tym zakresie należy podnieść, że zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 zamówienia publiczne są umowami odpłatnymi zawieranymi w formie pisemnej.

46 Pojęcie umowy ma zasadnicze znaczenie w ramach definiowania zakresu zastosowania dyrektywy 2004/18. Jak to podniesiono w motywie drugim tej dyrektywy, ma ona na celu stosowanie reguł Unii do udzielania zamówień, na które umowy są zawierane w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego. Inne rodzaje działalności należące do organów publicznych nie są objęte zakresem tej dyrektywy.

47 Ponadto zamówieniem publicznym objętym zakresem dyrektywy 2004/18 jest tylko umowa o charakterze odpłatnym.

48 Odpłatny charakter umowy oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, otrzymuje z tego tytułu świadczenie w zamian za świadczenie wzajemne. Otrzymane świadczenie polega na wykonaniu robót budowlanych określonych przez instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 77; z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. s. I-385, pkt 45).

49 Świadczenie takie, uwzględniając jego charakter oraz systematykę i cele dyrektywy 2004/18, powinno stanowić bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej.

50 Przysporzenie to bez wątpienia występuje, jeżeli przewidziano, że instytucja zamawiająca stanie się właścicielem robót lub obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia.

51 Tego rodzaju przysporzenie gospodarcze można również stwierdzić, w przypadku gdy przewidziane zostało, że instytucja zamawiająca będzie miała tytuł prawny zapewniający jej możliwość rozporządzania obiektem budowlanym będącym przedmiotem zamówienia publicznego, w celu przeznaczenia go na potrzeby publiczne (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 67, 71, 77).

52 Przysporzenie gospodarcze może polegać także na korzyściach gospodarczych, jakie instytucji zamawiającej może przynieść używanie lub zbycie obiektu budowlanego w przyszłości, na tym, że partycypowała ona w kosztach wykonania obiektu, lub na przyjęciu ryzyka w razie gospodarczego niepowodzenia realizacji obiektu (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 13, 17, 18, 45).

53 Trybunał orzekł już, że porozumienie, mocą którego pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej realizację obiektu budowlanego, stanowi

zamówienie na roboty publiczne, bez względu na to, czy przewiduje ono, że ta pierwsza instytucja zamawiająca jest lub będzie właścicielem całości lub części tego obiektu (ww. wyrok w sprawie Auroux, pkt 47).

54 Z powyższego wynika, że pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia były wykonane jako bezpośrednie przysporzenie gospodarcze dla instytucji zamawiającej, przy tym nie jest konieczne, by świadczenie to miało formę nabycia przedmiotu materialnego.

55 Powstaje pytanie, czy przesłanki te są spełnione, jeżeli przewidywane roboty budowlane służą realizacji celów publicznych leżących w interesie ogólnym, których zagwarantowanie jest obowiązkiem instytucji zamawiającej, takich jak rozwój lub spójne planowanie urbanistyczne części gminy.

56 W państwach członkowskich Unii Europejskiej wykonywanie robót budowlanych, a przynajmniej robót o znacznym rozmiarze, musi być zwykle przedmiotem wcześniejszego pozwolenia ze strony organów publicznych właściwych w sprawach urbanizacji. Organy te mają ocenić, w ramach wykonywania swych kompetencji regulacyjnych, czy wykonanie robót jest zgodne z interesem ogólnym.

57 Tymczasem samo wykonywanie kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji, mające na względzie interes ogólny, nie ma na celu uzyskania świadczenia umownego, ani bezpośredniego przysporzenia dla instytucji zamawiającej, jak tego wymaga art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18.

58 W konsekwencji na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć, że pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 nie wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia zostały wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej, jeżeli stanowią dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym. Dla spełnienia tej ostatniej przesłanki

nie jest wystarczające wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji.

W przedmiocie pytań trzeciego i czwartego

59 Zwracając się z pytaniami trzecim i czwartym, które należy rozpatrywać łącznie, sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykonawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej.

60 Jak przypomniano w pkt 45 i 47 niniejszego wyroku, art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 definiuje zamówienia publiczne na roboty budowlane jako umowę o charakterze odpłatnym. Pojęcie to opiera się na założeniu, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania świadczenia będącego przedmiotem umowy w zamian za świadczenie wzajemne. Zawierając umowę w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane, wykonawca zobowiązuje się więc do wykonania, albo do zapewnienia wykonania, robót będących przedmiotem tego zamówienia.

61 Nie ma znaczenia, czy wykonawca wykonuje roboty własnymi środkami, czy posługuje się podwykonawcami (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 90; w sprawie Auroux i in., pkt 44).

62 Skoro zobowiązania wynikające z zamówienia są prawnie wiążące, musi istnieć możliwość dochodzenia ich wykonania na drodze sądowej. W braku regulacji w prawie Unii oraz zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej określenie szczegółowych zasad wykonywania takich zobowiązań pozostawione jest prawu krajowemu.

63 W konsekwencji na pytania trzecie i czwarte należy odpowiedzieć, że pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykonawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej na zasadach określonych w prawie krajowym.

W przedmiocie pytań piątego i szóstego

64 Zwracając się z pytaniami piątym i szóstym, które należy rozpatrywać łącznie, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy „wymogi określone przez instytucję zamawiającą" w rozumieniu trzeciego wariantu podanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 mogą oznaczać bądź to wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji do upewnienia się, czy obiekt budowlany, który ma zostać zrealizowany, odpowiada interesowi ogólnemu, bądź to wykonanie przez instytucję zamawiającą przysługującej jej kompetencji do sprawdzenia i zatwierdzenia planów budowy.

65 Źródłem tych pytań jest okoliczność, że w sprawie przed sądem krajowym instytucja zamawiająca, którą być może jest miasto Wildeshausen, nie opracowała listy wymogów dotyczących obiektu budowlanego, który miał być zbudowany na terenie koszar Wittekind. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym miasto Wildeshausen ograniczyło się do uchwalenia, że może zbadać projekt przedstawiony przez spółkę GSSI i rozpocząć procedurę opracowywania odpowiedniego planu zagospodarowania przestrzennego.

66 Tymczasem w ramach trzeciego wariantu, o którym mowa w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18, zamówienia publiczne na roboty budowlane muszą mieć za przedmiot „obiekt budowlany odpowiadający wymogom określonym przez instytucję zamawiającą".

67 Aby można było uznać, że instytucja zamawiająca określiła swe wymogi w rozumieniu przytoczonego przepisu, konieczne jest, by podjęła jakieś kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie.

68 Sam fakt, że organ publiczny, w ramach wykonywania swych kompetencji w dziedzinie regulacji urbanistycznej bada pewne przedkładane mu projekty budowlane lub wydaje decyzje należące do zakresu tych kompetencji, nie spełnia przesłanki dotyczącej „wymogów określonych przez instytucję zamawiającą" w rozumieniu powyższego przepisu.

69 W konsekwencji na pytania piąte i szóste należy zatem odpowiedzieć, że „wymogi określone przez instytucję zamawiającą" w rozumieniu trzeciego wariantu podanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 nie mogą oznaczać, że organ publiczny jedynie bada pewne przedkładane mu projekty budowlane lub wydaje decyzje należące do zakresu kompetencji w dziedzinie regulacji urbanistycznej.

W przedmiocie pytania siódmego

70 Zwracając się z siódmym pytaniem, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy koncesja na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest wykluczona, w przypadku gdy ten sam przedsiębiorca, któremu może być udzielona koncesja, jest już właścicielem terenu, na którym ma zostać wzniesiony obiekt budowlany, lub w przypadku gdy koncesja ta jest udzielona bez ograniczeń w czasie.

71 Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18 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".

72 Aby instytucja zamawiająca mogła przenieść na wykonawcę prawo do eksploatacji obiektu budowlanego w rozumieniu powyższego przepisu, musi ona sama dysponować prawem do eksploatacji tego obiektu.

73 Zwykle przypadek taki nie zachodzi, jeżeli prawo do eksploatacji ma źródło wyłącznie w prawie własności przysługującym zainteresowanemu przedsiębiorcy.

74 Właściciel terenu ma bowiem prawo do jego eksploatacji z poszanowaniem odpowiednich zasad prawa. Dopóki przedsiębiorcy przysługuje prawo do eksploatowania terenu, którego jest właścicielem, dopóty możliwość udzielenia przez organ publiczny koncesji wiążącej się z eksploatowaniem obiektu jest co do zasady wykluczona.

75 Należy ponadto podnieść, że istota koncesji polega na tym, że koncesjonariusz sam ponosi główne, lub co najmniej zasadnicze, ryzyko związane z eksploatowaniem obiektu (zob. podobnie, w odniesieniu do koncesji na usługi publiczne, wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 Eurawasser, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 59, 77).

76 Komisja Wspólnot Europejskich twierdzi, że ryzyko to może polegać na niepewności przedsiębiorcy co do kwestii, czy samorządowe służby urbanistyczne zatwierdzą jego projekty.

77 Tego argumentu nie można uwzględnić.

78 W sytuacji takiej jak przywołana przez Komisję ryzyko wiąże się z kompetencjami regulacyjnymi instytucji zamawiającej w dziedzinie urbanistyki, a nie ze stosunkami umownymi wynikającymi z koncesji. W konsekwencji ryzyko nie jest związane z eksploatowaniem obiektu.

79 W każdym razie, jeśli chodzi o czas trwania koncesji, to poważne powody, wśród których znajduje się między innymi utrzymanie konkurencji, skłaniają do uznania, że udzielenie koncesji bez ograniczeń czasowych jest sprzeczne z porządkiem prawnym Unii, co podniósł rzecznik generalny w pkt 96 i 97 swojej opinii (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 73).

80 Zatem na siódme pytanie należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w sprawie przed sądem krajowym wykluczona jest koncesja na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18.

W przedmiocie pytań ósmego i dziewiątego

81 Pytania ósme i dziewiąte należy rozpatrywać łącznie. Sąd krajowy, zwracając się z pytaniem ósmym, zmierza w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 znajdują zastosowanie w sytuacji, w której organ publiczny sprzedaje teren pewnemu przedsiębiorstwu, podczas gdy inny organ publiczny zamierza udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane na tym terenie, chociaż formalnie nie zdecydował jeszcze o udzieleniu tego zamówienia. Dziewiąte pytanie dotyczy możliwości traktowania sprzedaży terenu i późniejszego udzielenia zamówienia na roboty budowlane na tym terenie, jako całości z prawnego punktu widzenia.

82 Rozsądne jest niewykluczanie a priori możliwości zastosowania dyrektywy 2004/18 do procedury udzielania zamówienia w dwóch etapach, polegającego na sprzedaży terenu, który następnie będzie przedmiotem zamówienia na roboty budowlane, przy uznaniu tych operacji za jedną całość.

83 Jednakże okoliczności sprawy przed sądem krajowym nie potwierdzają istnienia warunków takiego stosowania dyrektywy.

84 Jak to podniósł rząd francuski w swych uwagach na piśmie, strony postępowania przed sądem krajowym nie zaciągnęły prawnie wiążących zobowiązań.

85 Przede wszystkim zobowiązań takich nie zaciągnęły miasto Wildeshausen i spółka GSSI.

86 Ponadto spółka GSSI nie zobowiązała się do zrealizowania projektu waloryzacji nabytego terenu.

87 Wreszcie umowy sprzedaży w formie aktu notarialnego nie zawierają żadnej wskazówki co do mającego nastąpić wkrótce udzielenia zamówienia na roboty budowlane.

88 Wynikające z akt sprawy intencje stron nie stanowią wiążących zobowiązań i nie mogą w żaden sposób spełnić warunku umowy pisemnej wymaganego na gruncie samej definicji zamówienia publicznego z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.

89 Zatem na pytania ósme i dziewiąte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w sprawie przed sądem krajowym przepisy dyrektywy 2004/18 nie znajdują zastosowania w sytuacji, w której organ publiczny sprzedaje teren pewnemu przedsiębiorstwu, podczas gdy inny organ publiczny zamierza udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane na tym terenie, chociaż formalnie nie zdecydował jeszcze o udzieleniu tego zamówienia.

W przedmiocie kosztów

90 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

1) **Pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia zostały wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej, jeżeli stanowią dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym. Dla spełnienia tej ostatniej przesłanki nie jest wystarczające wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji.**

2) **Pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykonawca bezpośrednio lub**

pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej na zasadach określonych w prawie krajowym.

3) **„Wymogi określone przez instytucję zamawiającą" w rozumieniu trzeciego wariantu podanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 nie mogą oznaczać, że organ publiczny jedynie bada pewne przedkładane mu projekty budowlane lub wydaje decyzje należące do zakresu kompetencji w dziedzinie regulacji urbanistycznej.**

4) **W okolicznościach takich jak w sprawie przed sądem krajowym koncesja na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest wykluczona.**

5) **W okolicznościach takich jak w sprawie przed sądem krajowym przepisy dyrektywy 2004/18 nie znajdują zastosowania w sytuacji, w której organ publiczny sprzedaje teren pewnemu przedsiębiorstwu, podczas gdy inny organ publiczny zamierza udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane na tym terenie, chociaż formalnie nie zdecydował jeszcze o udzieleniu tego zamówienia.**

Podpisy