

## **Orzeczenie Trybunału z dnia 10 listopada 1998 r.**

### **Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV.**

Wniosek o rozstrzygnięcie zagadnienia wstępnego złożony przez

Gerechtshof Arnhem - Holandia.

Zamówienia publiczne na usługi - Znaczenie terminu podmiot zamawiający - Instytucja prawa publicznego

### **Sprawa C-360/96.**

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1998 roku, str. I-6821

### **Streszczenie**

Przepis drugiego akapitu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, który stanowi że "instytucją prawa publicznego jest każdy podmiot ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego należy interpretować w ten sposób, że ustawodawca wspólnotowy rozróżnił potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego, oraz potrzeby o charakterze powszechnym mające charakter przemysłowy lub handlowy.

Z zakresu terminu "potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego" nie są wyłączone potrzeby, które mogą być zaspokajane również przez podmioty prywatne. Fakt istnienia konkurencji nie wystarcza do wyłączenia możliwości kierowania się przez podmiot finansowany lub kontrolowany przez państwo, organy samorządowe lub inną instytucję prawa publicznego względami innymi niż ekonomiczne.

Istnienie konkurencji nie jest jednak całkowicie bez znaczenia, jeśli chodzi o pytanie, czy potrzeba leżąca w interesie ogólnym jest potrzebą inną niż przemysłowa lub handlowa. Te ostatnie są w zasadzie zaspokajane inaczej niż poprzez dostępność towarów lub usług na rynku. Generalnie, potrzebami tego rodzaju są te, w wypadku których - z przyczyn związanych z interesem ogólnym - samo państwo decyduje się je zaspokajać, albo na których zaspokajanie chce wywierać decydujący wpływ.

Usuwanie i zagospodarowywanie odpadów domowych można uważać za potrzebę o charakterze powszechnym. Ponieważ potrzeby tej nie można zaspokajać w stopniu uznanym

za niezbędny z uwagi na zdrowie publiczne i ochronę środowiska poprzez korzystanie z prywatnych przedsiębiorstw wywozu śmieci, taka działalność może należeć do tych, w wypadku których państwo może wymagać wykonywania ich przez władze publiczne, albo na których zaspokojenie chce nadal wywierać decydujący wpływ.

Możliwość powoływania się na art. 6 dyrektywy 92/50 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, w którym stanowi się że "dyrektywy nie stosuje się do udzielania zamówień publicznych na usługi podmiotowi, który sam jest zamawiającym (w rozumieniu art. 1 lit. b))", jest uzależniona od warunku zgodności przepisów prawnych lub administracyjnych z Traktatem. Ochronę podmiotów konkurujących z instytucjami prawa publicznego zapewniają więc przepisy art. 85 i następujących Traktatu.

Status instytucji prawa publicznego określonej w drugim akapicie art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi nie zależy od względnego znaczenia, w ramach całej jej działalności, potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego. Podobnie, nie jest istotne to, że działalność komercyjną może prowadzić jako taka odrębna osoba prawna będąca częścią tej samej grupy lub koncernu.

Przepis drugiego akapitu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że to czy istnieją potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego lub handlowego należy oceniać obiektywnie, przy czym rodzaj aktu którego postanowienia mówią o tych potrzebach jest pod tym względem nieistotny.

## **Strony**

### **W sprawie C-360/96,**

Wniesionej do Trybunału na podstawie art. 177 Traktatu WE przez Gerechtshof te Arnhem (Holandia) celem uzyskania wstępnego rozstrzygnięcia w toczącym się przed tym sądem postępowaniu pomiędzy

Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden

przeciwko

BFI Holding BV,

związanej z wykładnią przepisów art. 1 lit. (b) i 6 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (OJ 1992 L 209, s. 1),

TRYBUNAŁ,

w składzie:

G.C. Rodriguez Iglesias, przewodniczący,

P.J.G. Kapteyn, J.P. Puissochet i P. Jann (sprawozdawca) (przewodniczący izb),

G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, D.A.O. Edward, L. Sevon, M. Wathelet, R. Schintgen i K.M. Ioannou, sędziowie,

Rzecznik Generalny: A. La Pergola,

Sekretarz: D. Louterman-Hubeau, główny administrator,

po rozważeniu pisemnych uwag złożonych w imieniu:

Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden, przez L.H. van Lennepa z advokatury haskiej,

BFI Holding BV, przez P. Glazenera z advokatury amsterdamskiej, oraz J.J.M. Essersa z advokatury utrechtskiej,

rządu holenderskiego, przez A. Bosa, radcę prawnego z Ministerstwa Spraw Zagranicznych działającego jako pełnomocnik,

rządu duńskiego, przez P. Bieringa, szefa Dyrekcji w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik,

rządu francuskiego, przez Catherine de Salins, szefa poddyrekcji w Dyrekcji Prawnej, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, oraz P. Lalliota, sekretarza spraw zagranicznych w tej samej dyrekcji, działających jako pełnomocnicy,

rządu austriackiego, przez Wolfa Okreseka, Ministerialrat w Biurze Kanclerza Federalnego, działającego jako pełnomocnik,

Komisji Wspólnot Europejskich, przez Hendrika van Liera, radcę prawnego, działającego jako pełnomocnik,

uwzględniając protokół rozprawy,

uwzględniając pisemne odpowiedzi na pytania zadane przez Trybunał, udzielone:

za Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden, przez L.H. van Lennepa,

za BFI Holding BV, przez P. Glazenera,

za rząd holenderski, przez J.G. Lammersa, zastępcę radcy prawnego w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik,

za rząd duński przez J. Molde?a, radcę prawnego i szefa dyrekcji w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik,

za rząd niemiecki, przez E. Roderera, Ministerialrat w Federalnym Ministerstwie Spraw Gospodarczych, działającego jako pełnomocnik,

za rząd hiszpański, przez S. Ortiza Vaamonde, Abogado del Estado, działającego jako pełnomocnik,

za rząd francuski, przez K. Rispal-Bellangera, szefa poddyrekcji (Międzynarodowego Prawa Gospodarczego i Prawa Wspólnotowego) w Dyrekcji Prawnej, w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik, oraz P. Lalliot,

za rząd austriacki, przez W. Okreseka,

za rząd fiński, przez H. Rotkircha, ambasadora, szefa Wydziału Prawnego w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik,

za rząd szwedzki, przez R. Nordlinga, Rattschef w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik, oraz

za rząd brytyjski, przez J.E. Collinsa z Wydziału Radcy Skarbu, działającego jako pełnomocnik, K.P.E. Lasoka QC i R. Williamsa, adwokata,

za Komisję, przez H. van Liera,

po wysłuchaniu ustnych uwag

Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden, reprezentowanych przez L.H. van Lennepa;

BFI Holding, reprezentowanej przez P. Glazenera i J.J.M. Essersa;

rządu holenderskiego reprezentowanego przez J.S. van den Oosterkampa, zastępcę radcy prawnego z Ministerstwa Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik;

rządu francuskiego, reprezentowanego przez P. Lalliot;

rządu austriackiego reprezentowanego przez M. Frohmanna z Biura Kanclerza Federalnego, działającego jako pełnomocnik;

rządu brytyjskiego, reprezentowanego przez J.E. Collinsa, K.P.E. Lasoka QC i R. Williamsa; oraz Komisji reprezentowanej przez H. van Liera, zgłoszonych na rozprawie 18 listopada 1997 r.,

po wysłuchaniu opinii Rzecznika Generalnego na posiedzeniu 19 lutego 1998 r.,

## **wydaje następujące orzeczenie**

### **Podstawy orzeczenia**

Orzeczeniem z 19 października 1996 r., które wpłynęło do Sekretariatu Trybunału 5 listopada 1996 r., *Gerechtshof* (regionalny sąd apelacyjny) w Arnhem przedstawił Trybunałowi, celem wydania wstępnego rozstrzygnięcia na podstawie art. 177 Traktatu WE, siedem pytań dotyczących interpretacji art. 1 lit. (b) i 6 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (OJ 1992 L 209, s. 1).

Pytania te powstały w postępowaniu z powództwa *Gemeente Arnhem* i *Gemeente Rheden* (władze miejskie Arnhem i Rheden, dalej "władze miejskie") przeciwko *BFI Holding BV* ("BVI"), która twierdziła że zamówienia na wywóz odpadów powinny być udzielane w trybie określonym w wymienionej wyżej dyrektywie.

### **Mające zastosowanie przepisy wspólnotowe**

W art. 1 dyrektywy 92/50 stanowi się że:

"W rozumieniu niniejszej dyrektywy:

b) "zamawiającym" jest organ państwowy, samorządowy, instytucja prawa publicznego lub stowarzyszenie, złożone z jednego lub z większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego.

"Instytucją prawa publicznego" jest każdy podmiot :

ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mający charakteru przemysłowego ani handlowego,

posiadający osobowość prawną oraz

finansowany w przeważającej części przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowę składu organu kierowniczego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego.

Listy instytucji prawa publicznego i kategorii podmiotów spełniających kryteria określone w zdaniu drugim niniejszego punktu zawiera załącznik I do dyrektywy 71/305/EWG. Listy te są na tyle wyczerpujące, na ile to możliwe i mogą być zmienione w trybie przewidzianym w art. 30 lit. b) dyrektywy 71/305/EWG;"

W art. 6 dyrektywy 92/50 stanowi się, że:

"Dyrektywy nie stosuje się do udzielania zamówień publicznych na usługi podmiotowi, który sam jest zamawiającym (w rozumieniu art. 1 lit. (b)), na podstawie jego wyłącznego prawa przysługującego mu według opublikowanego przepisu prawnego lub aktu administracyjnego, pod warunkiem, że przepisy te są zgodne z Traktatem."

### **Przepisy holenderskie**

Dyrektywa 92/50 została wdrożona do prawa holenderskiego ustawą ramową z 31 marca 1993 r. (Stbl. 12) dotyczącą wspólnotowych zasad udzielania zamówień publicznych na dostawę, roboty budowlane i usługi, w związku z art. 13 rozporządzenia z 4 czerwca 1993 r. (Stbl. 305), zmienionego rozporządzeniem z 30 maja 1994 r. (Stbl. 379).

Przepisy art. 10.10 i 10.11 Wet Milieubeheer (ustawy o środowisku) wymagają, by władze miejskie zapewniły, aby co najmniej raz w tygodniu odpady domowe były wywożone z wszystkich nieruchomości położonych w obszarze właściwości władz miejskich, z miejsc w których odpady mogą się regularnie gromadzić. Władze miejskie powinny wyznaczyć organ odpowiedzialny za taki wywóz.

Zgodnie z art. 2 Afvalstoffenverordening (zarządzenia o odpadach) wydanego przez Gemeente Rheden, w brzmieniu wynikającym z nowelizacji tego zarządzenia z 21 grudnia 1993 r., organem wywożącym odpady jest Dienst Openbare Werken en Woningzaken, Afdeling Wegen en Reiniging, albo taka niezależna służba, która może go zastąpić.

W art. 2 zarządzenia o odpadach wydanego przez Gemeente Arnhem, w brzmieniu wynikającym z nowelizacji tego zarządzenia z 4 lipca 1994 r., organem wywożącym odpady

wyznaczono Dienst Milieu Openbare Werken. W zarządzeniu stanowi się również, że "od 1 lipca 1994 r. usługa ta będzie wykonywana przez spółkę ARA, niezależną służbę oczyszczania miasta".

### **Przedmiot sporu w głównym postępowaniu**

W 1993 r. władze miejskie planowały połączenie usług w dziedzinie oczyszczania i powierzenie ich nowej osobie prawnej. Decyzjami z 6 i 28 czerwca 1994 r. władze miejskie Arnhem i Rheden postanowiły utworzyć spółkę akcyjną ARA, oraz powierzyć jej wykonywanie szeregu określonych prawem zadań z zakresu wywozu odpadów, a także, w Arnhem, oczyszczanie miejskiej sieci dróg.

Spółka ARA powstała 1 lipca 1994 r. W art. 2 jej statutu stanowi się że:

"1. Przedmiotem przedsiębiorstwa spółki jest:

(a) wykonywanie wszystkich działań gospodarczych mających na celu odbieranie (lub powodowanie odbierania, oraz w możliwym zakresie utylizowanie lub powodowanie utylizowania), w sposób sprawny, skuteczny i uwzględniający kwestie ekologiczne, odpadów takich jak odpady domowe, odpady przemysłowe i ich możliwe do wyodrębnienia części które zostaną określone, wraz z działaniami związanymi z czyszczeniem głównych dróg, eliminowaniem robactwa i z dezynfekcją;

(b) (wspólne) zakładanie, współpraca, uczestniczenie, (wspólne) zarządzanie i nadzorowanie, a także przejmowanie i finansowanie innych przedsiębiorstw, których działalność ma związek z celami wymienionymi w pkt (a);

(c) wykonywanie wszystkich działań gospodarczych mających związek z powyższymi, albo które sprzyjają realizacji wymienionych powyżej działań, działalności i czynności (pod warunkiem, że zaspokajane są w ten sposób potrzeby ogólne).

2. Spółka prowadzi taką działalność w społecznie akceptowalny sposób."

Zgodnie z treścią art. 6 statutu, akcjonariuszami ARA mogą być tylko osoby prawne prawa publicznego lub spółki, których co najmniej 90% akcji lub udziałów posiadają takie podmioty, oraz, ponadto, sama spółka. Zgodnie z art. 13(2) statutu, władze miejskie powołują co najmniej pięciu z od siedmiu do dziewięciu członków rady nadzorczej.



W umowach ramowych które władze miejskie zawarły z ARA stwierdza się, zwłaszcza w ich preambułach, że władze miejskie chcą, by przedmiotowe zadania wykonywała wyłącznie ARA i dlatego udzielają jej w tym celu koncesji.

Jeśli chodzi o wynagrodzenie ARA, w art. 8 umowy ramowej zawartej przez Gemeente Rheden i ARA stanowi się w szczególności, że:

8.1 Rhedan wypłaca ARA wynagrodzenie za wykonane usługi, według stawki, która zostanie określona.

8.2 Wynagrodzenie za usługi wymienione w poprzednim punkcie zostanie określone w treści klauzuli finansowej, która zostanie dodana do specyfikacji i norm jakości dotyczących każdego działania określonego w umowach cząstkowych.

8.3 Faktyczna wysokość wynagrodzenia za wykonane usługi zostanie określona:

(a) albo według cen jednostkowych uzgadnianych przed każdym działaniem, wynikiem lub częścią prac;

(b) albo według oznaczonej ceny uzgadnianej przed każdym działaniem;

(c) albo na podstawie faktury obejmującej faktycznie poniesione koszty"

Art. 9 umowy ramowej zawiera następujące postanowienia:

"9.1 Zaliczki na poczet powyższego wynagrodzenia wypłaca się w terminach, które zostaną określone, albo na podstawie grup działań, wyników lub części prac. Takie zaliczki odejmuje się od końcowych wypłat.

9.2 Gdyby ARA wystawiła fakturę lub wykonywała działania za które pobiera się płatności w imieniu Gemeente Rheden, albo otrzymywała od stron trzecich inne płatności należne Gemeente Rheden, przychód ten przekazuje się władzom miejskim w trybie do uzgodnienia. Zostaną również przyjęte szczegółowe zasady dotyczące ryzyka związanego z takimi płatnościami."

W umowie o wykonywanie usług polegających na wywożeniu odpadów domowych zawartej przez Gemeente Rheden i ARA, w art. 7 stanowi się, że wynagrodzenie wypłacane ARA przez władze miejskie, za odbieranie i transportowanie odpadów, oraz metoda obliczania wysokości takiego wynagrodzenia, zostaną określone w planie realizacji.

Takie same procedury wynagradzania zostały uzgodnione przez Gemeente Arnhem i ARA.

Choć początkowo ARA wywoziła odpady domowe, czyściła ulice i wywoziła odpady przemysłowe, działania te zostały następnie podzielone pomiędzy ARA i Aracom, spółkę akcyjną. Podczas gdy ARA nadal wywozi odpady z gospodarstw domowych, spółce Aracom powierzono wywóz odpadów przemysłowych. Została także utworzona spółka holdingowa ARA Holding NV, do której należy cały kapitał obu omawianych spółek.

BFI jest prywatnym przedsiębiorstwem, którego działalność obejmuje odbieranie i utylizację odpadów domowych i przemysłowych.

Drugiego listopada 1994 r. BFI wniosła powództwo do Arrondissementsrechtbank (sąd rejonowy) w Arnhem, wnosząc o stwierdzenie, że dyrektywa 92/50 ma zastosowanie do udzielenia zamówienia, które otrzymała ARA, tym samym zaś, że władze miejskie powinny przeprowadzić przetarg zgodnie z postanowieniami tej dyrektywy. Wyrokiem z 18 maja 1995 r. Arrondissementsrechtbank w Arnhem orzekł na rzecz BFI. Sąd ten uznał, że przedmiotowe zadanie nie zostało powierzone organowi z uwagi na prawo wyłączności przysługujące mu na podstawie opublikowanego przepisu prawnego lub aktu administracyjnego, tak że wyjątek przewidziany w art. 6 dyrektywy nie miał zastosowania.

Władze miejskie odwołały się od tego wyroku do Gerechtshof w Arnhem.

W swym orzeczeniu wstępnym z 25 czerwca 1996 r. Gerechtshof w Arnhem odrzucił interpretację Arrondissementsrechtbank, zgodnie z którą zamówienie nie zostało udzielone organowi z uwagi na prawo wyłączności przysługujące mu na podstawie opublikowanego przepisu prawnego lub aktu administracyjnego, w rozumieniu art. 6 dyrektywy 92/50.

Zgodnie ze stanowiskiem sądu odwoławczego, przepisy Wet Milieubeheer nakładają na władze miejskie obowiązek zapewnienia wywozu odpadów z gospodarstw domowych. Po to by wywiązać się z tego obowiązku, zarządzeniami z 6 i 28 czerwca 1994 r. wyznaczono ARA jedynym podmiotem odpowiedzialnym za taki wywóz. Władze miejskie zmieniły również swe zarządzenia o odpadach tak, że wyraźnie udzieliły ARA prawa wyłączności, gdyż

zarządzenia zawierały przepisy zabraniające innym podmiotom wywożenia odpadów domowych bez uprzedniego uzyskania zgody rady miejskiej.

Gerechtshof w Arnhem uznał więc, że do ARA ma zastosowanie wyjątek określony w art. 6 dyrektywy 92/50, w takim zakresie w jakim spółka ta jest instytucją prawa publicznego w rozumieniu art. 1(b) dyrektywy 92/50.

W tej sytuacji, sąd krajowy zawiesił postępowanie do chwili rozstrzygnięcia przez Trybunał Sprawiedliwości kwestii wstępnych, tj. udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

"1. W związku z wykładnią art. 6 dyrektywy Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi ("dyrektywa"), czy przepis pierwszego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy, który określa pojęcie instytucji prawa publicznego jako podmiotu ustanowionego w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, należy interpretować jako wprowadzający rozróżnienie

między potrzebami o charakterze powszechnym oraz potrzebami o charakterze przemysłowym lub handlowym,

między potrzebami o charakterze powszechnym nie mającymi charakteru przemysłowego ani handlowego, oraz potrzebami o charakterze powszechnym mającymi charakter przemysłowy lub handlowy?

2. Jeśli odpowiedź na pierwsze pytanie polegałaby na wskazaniu wariantu (i),

(a) czy słowa "potrzeby o charakterze powszechnym" należy rozumieć jako oznaczające, że nie może być mowy o zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, jeżeli zaspokaja je prywatne przedsiębiorstwo oraz

(b) jeśli tak, czy słowa "potrzeby mające charakter przemysłowy lub handlowy" należy rozumieć jako oznaczające, że potrzeby mające charakter przemysłowy lub handlowy są zaspokajane zawsze wtedy, gdy robi to prywatne przedsiębiorstwo?

3. Jeśli odpowiedź na pierwsze pytanie polegałaby na wskazaniu wariantu (ii), czy różnicę pomiędzy "potrzebami o charakterze powszechnym nie mającymi charakteru przemysłowego ani handlowego" a "potrzebami o charakterze powszechnym mającymi charakter przemysłowy lub handlowy" stwierdza się stosownie do tego, czy konkurujące prywatne przedsiębiorstwa zaspokajają je czy nie?

4. Czy wymaganie ustanowienia instytucji "celem zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego" należy interpretować jako oznaczające, że z takim "celem" mamy do czynienia tylko wtedy, gdy instytucja zostaje ustanowiona wyłącznie po to by zaspokajać takie potrzeby?

5. Jeśli nie, to czy instytucja musi zaspokajać potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego niemal wyłącznie, w znacznym stopniu, w przeważającym stopniu, czy w jakimś innym stopniu, po to by spełniała lub mogła spełniać wymaganie ustanowienia w celu zaspokajania takich potrzeb?

6. Czy jeśli chodzi o odpowiedzi na pytania od 1 do 5 czy ma znaczenie to, że potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego, celem zaspokajania których instytucja powstała, wynikają z prawa w ścisłym tego słowa znaczeniu, z aktów administracyjnych, czy z innych podstaw?

7. Czy jeśli chodzi o odpowiedź na pytanie 4, czy ma znaczenie to, że odpowiedzialność za działalność komercyjną ("handlową") zostaje powierzona odrębnej osobie prawnej będącej częścią jednej grupy lub koncernu, w ramach którego prowadzi się również działalność prowadzącą do zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnym?"

Na początku należy zauważyć, że w swych pisemnych uwagach rząd francuski dowodzi, że umowy pomiędzy władzami miejskimi a ARA można traktować jako koncesje na usługi publiczne, które - jako takie - nie są przedmiotem regulacji dyrektywy 92/50. Rząd ten utrzymuje, że po to by traktować coś jako koncesję na usługi publiczne określoną w prawie wspólnotowym, podmiot zamawiający musi być wynagradzany albo na podstawie swego prawa do zarządzania usługami, albo na podstawie tego prawa i związanego z nim wynagrodzenia.

Nie jest konieczne dokonanie wykładni terminu "koncesja na usługi publiczne", gdyż nie jest on przedmiotem pytań zadanych przez sąd krajowy; należy tylko wskazać, że z informacji udzielonych przez władze miejskie w odpowiedzi na pytanie zadane im przez Trybunał, w szczególności zaś z treści art. 8 i 9 umowy ramowej zawartej przez Gemeente Rheden i ARA oraz art. 7 umowy o wykonywanie usług polegających na wywożeniu odpadów domowych zawartej przez te same strony wynika, że wynagrodzenie ARA obejmuje tylko wynagrodzenie, nie zaś prawo do zarządzania usługami.

Rząd francuski twierdzi również, że ARA powinna zostać zaklasyfikowana jako stowarzyszenie utworzone przez jeden lub większą liczbę organów w rozumieniu art. 1 lit. (b)

dyrektywy 92/50. Takie stowarzyszenie jest zdaniem tego rządu podmiotem zamawiającym ipso iure, a zatem nie ma potrzeby rozważania, czy jest on instytucją prawa publicznego.

Należy zauważyć, jak podkreślił rzecznik generalny w pkt 40 i 41 swej opinii, że dany podmiot nie może jednocześnie należeć do obu kategorii określonych w art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50, oraz że termin "stowarzyszenie" ma tylko rezydualne znaczenie, co znajduje potwierdzenie w jego umiejscowieniu w treści omawianego postanowienia. Trzeba więc rozważyć, czy spółkę taką jak ARA, choć powstała ona z inicjatywy władz dwóch miast, można traktować jako instytucję prawa publicznego.

W związku z tym, z treści drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 wynika jednoznacznie, że instytucją prawa publicznego jest podmiot utworzony w celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnym, nie mający charakteru przemysłowego ani handlowego, mający osobowość prawną oraz ściśle uzależniony od państwa, organów samorządowych albo innych instytucji prawa publicznego (patrz sprawa C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i inne przeciwko Strohal Rotationsdruck [1998] ECR I-73, pkt 20).

W punkcie 21 powołanej powyżej sprawy Mannesmann Anlagenbau Austria Trybunał stwierdził, że trzy warunki zawarte w tym postanowieniu są kumulatywne.

Sąd krajowy uważa, że spełnione są warunki drugi i trzeci. Jego pytania dotyczą więc warunku pierwszego.

### **Pierwsze pytanie**

Zadając pierwsze pytanie, sąd krajowy dąży do uzyskania wyjaśnienia dotyczącego zależności terminów "potrzeby o charakterze powszechnym" oraz "nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego". W szczególności, sąd ten pyta, czy to drugie określenie ma zawężyć zakres pojęcia "potrzeby o charakterze powszechnym" do tych, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, czy też przeciwnie, czy oznacza to, że żadne "potrzeby o charakterze powszechnym" nie mają takiego charakteru.

W związku z tym, z treści drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 - w jego różnych wersjach językowych - wynika jednoznacznie, że brak charakteru przemysłowego lub handlowego jest kryterium mającym na celu wyjaśnienie znaczenia terminu "potrzeby o charakterze powszechnym" użytego w treści omawianego przepisu.

W pkt od 22 do 24 powołanej powyżej sprawy Mannesmann Anlagenbau Austria Trybunał przyjął tę samą interpretację w odniesieniu do drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy Rady 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1993 L 199, s. 54), tj. do przepisu, który jest w istocie rzeczy taki sam jak przepis drugiego akapitu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50 .

Ponadto, jedyną wykładnią zgodnie z którą przepis drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 może nie być zbędny, jest wyróżnienie, w ramach kategorii potrzeb o charakterze powszechnym, podkategorii potrzeb nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Jeśli ustawodawca wspólnotowy uznał, że wszystkie potrzeby o charakterze powszechnym nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, nie dał temu wyrazu w treści przepisu, gdyż w tym kontekście druga część definicji byłaby zbędna.

Na pierwsze pytanie trzeba więc odpowiedzieć, że przepis drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 należy rozumieć tak, że ustawodawca rozróżnił potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego, oraz potrzeby o charakterze powszechnym mające charakter przemysłowy lub handlowy.

### **Drugie pytanie**

Odpowiedź na pierwsze pytanie sprawia, że nie trzeba odpowiadać na drugie.

### **Trzecie pytanie**

Zadając trzecie pytanie, sąd krajowy zapytał w istocie rzeczy o to, czy termin "potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego" wyłącza potrzeby zaspokajane również przez prywatne przedsiębiorstwa.

Zdaniem BFI, możliwość przyjęcia koncepcji instytucji prawa publicznego musi być wyłączona, jeśli te same działania mogą wykonywać prywatne przedsiębiorstwa, tym samym zaś działania te można wykonywać na zasadach konkurencji. Jeśli chodzi o omawiany przypadek, władze ponad połowy miast holenderskich powierzają wywóz odpadów prywatnym podmiotom gospodarczym. Istnieje więc komercyjny rynek, a działające na nim podmioty nie są instytucjami prawa publicznego w rozumieniu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50.

Należy najpierw podkreślić, że przepis drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 dotyczy tylko tych potrzeb, które dany podmiot musi zaspokajać, przy czym nie mówi się, czy te potrzeby mogą być zaspokajane również przez prywatne przedsiębiorstwa.

Ponadto, należy pamiętać, że celem koordynowania na poziomie wspólnotowym procedur udzielania zamówień publicznych na usługi jest eliminowanie barier swobody wykonywania usług, tym samym zaś chronienie interesów podmiotów gospodarczych ustanowionych w państwie członkowskim, które chcą oferować towary lub usługi podmiotom zamawiającym w innym państwie członkowskim.

Tak więc, celem dyrektywy 92/50 jest unikanie ryzyka preferowania krajowych oferentów lub podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, we wszystkich przypadkach udzielania zamówień przez podmioty zamawiające (por. powoływana powyżej sprawa Mannesmann Anlagenbau Austria, pkt 33).

Fakt występowania konkurencji nie wystarcza do wykluczenia możliwości, że podmiot finansowany lub kontrolowany przez państwo, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego może się kierować względami innymi niż ekonomiczne. Tak więc, na przykład, taki podmiot może się zdecydować na ponoszenie strat finansowych, po to by stosować określone zasady zamawiania, sformułowane przez podmiot od którego ten pierwszy jest ściśle zależny.

Ponadto, ponieważ trudno jest sobie wyobrazić działania, które w żadnej sytuacji nie mogłyby być prowadzone przez prywatne przedsiębiorstwa, wymaganie by nie istniały prywatne przedsiębiorstwa mogące zaspokajać potrzeby, celem zaspokajania których dany podmiot został utworzony sprawiłoby, że termin "instytucja prawa publicznego" zastosowany w art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 byłby pozbawiony znaczenia.

Byłoby bezcelowym zaprzeczanie, że powołując się na przepis art. 6 dyrektywy 92/50 podmioty zamawiające mogłyby unikać konkurencji ze strony prywatnych przedsiębiorstw uważających, że mogą zaspokajać te same potrzeby o charakterze powszechnym, co dana instytucja. Ochronę podmiotów konkurujących z instytucjami prawa publicznego zapewniają już art. 85 i następane Traktatu WE, ponieważ stosowanie art. 6 dyrektywy 92/50 jest uzależnione od warunku zgodności przepisów prawnych, aktów administracyjnych lub innych przepisów, na których opiera się prawo wyłączności przysługujące takiej instytucji, z Traktatem.

Z tej właśnie przyczyny, w powoływanej sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria, pkt 24, Trybunał, nie rozpatrując zagadnienia czy prywatne przedsiębiorstwa zaspokajają te same

potrzeby, stwierdził że państwowa drukarnia zaspokaja potrzeby leżące w interesie publicznym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego.

Jak z tego wynika, art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 może mieć zastosowanie do danej instytucji nawet wtedy, gdy prywatne przedsiębiorstwa zaspokajają lub mogą zaspokajać te same co ona potrzeby, oraz że brak konkurencji nie jest warunkiem koniecznym, który trzeba by było uwzględnić przy wykładni pojęcia "instytucji prawa publicznego".

Należy jednak podkreślić, że istnienie konkurencji nie jest zupełnie bez znaczenia przy rozstrzyganiu, czy potrzeba leżąca w interesie publicznym jest inna niż przemysłowa lub handlowa.

Istnienie znacznej konkurencji, oraz zwłaszcza fakt, że dana instytucja napotyka na rynku konkurencję, może świadczyć o braku istnienia potrzeby o charakterze powszechnym, nie mającej charakteru przemysłowego ani handlowego.

Przeciwnie, te ostatnie potrzeby są zwykle zaspokajane inaczej niż dzięki udostępnianiu towarów lub usług na rynku, o czym świadczy wykaz instytucji prawa publicznego zawarty w Załączniku I do dyrektywy 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ, 1971 (II), s. 682), zmienionej dyrektywą 93/37, do którego odsyła się w treści art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50. Choć wykaz ten nie jest wyczerpujący, dąży się do tego, by był on możliwie najbardziej kompletny.

Z analizy tego wykazu wynika, że ogólnie rzecz biorąc przedmiotowymi potrzebami są te, które - z przyczyn związanych z interesem ogólnym - państwo decyduje się zaspokajać samo, albo na których zaspokojenie chce wywierać decydujący wpływ.

W tym przypadku nie można zaprzeczyć, że wywóz i zagospodarowywanie odpadów domowych może stanowić potrzebę leżącą w interesie ogólnym. Ponieważ potrzeba ta nie może być zaspokajana w stopniu koniecznym, z uwagi na zdrowie publiczne i ochronę środowiska, poprzez korzystanie z usług dostępnych w całości lub części dla osób prywatnych i wykonywanych przez prywatnych przedsiębiorców, takie działanie należy do tych, co do których państwo może wymagać by wykonywały je organy publiczne, albo na których wykonywanie chce zachować decydujący wpływ.

W świetle powyższego, na trzecie pytanie trzeba odpowiedzieć, że termin "potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego" nie



wyłącza potrzeb, które są lub mogą być zaspokajane również przez prywatne przedsiębiorstwa.

### **Pytania czwarte, piąte i siódme**

Zadając pytania czwarte, piąte i siódme, sąd krajowy chciał się dowiedzieć, czy warunek ustanowienia instytucji prawa publicznego w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym oznacza, że działalność tej instytucji musi w znacznym stopniu dotyczyć zaspokajania takich potrzeb.

Należy pamiętać, że w powoływanej powyżej sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria, w pkt 25, Trybunał stwierdził, że nie jest istotne czy obok obowiązku zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym instytucja może prowadzić także inną działalność. Fakt, że zaspokajanie potrzeb leżących w interesie ogólnym jest tylko względnie niewielką częścią działalności takiej instytucji jest również nieistotny, jeśli tylko instytucja nadal zajmuje się potrzebami, co do których jest wyraźnie określone, że powinna je zaspokajać.

Ponieważ status instytucji prawa publicznego nie jest uzależniony od względnego znaczenia, w ramach całej jej działalności, zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, wnioskując a fortiori należy stwierdzić, że działania komercyjne (handlowe) może prowadzić odrębna osoba prawna wchodząca w skład tej samej grupy lub koncernu.

Przeciwnie, fakt że jednym z podmiotów grupy lub koncernu jest instytucja prawa publicznego nie wystarcza, by wszystkie te podmioty można było uważać za podmioty zamawiające (patrz podobnie w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria, pkt 39).

Na pytania czwarte, piąte i siódme należy więc odpowiedzieć, że status instytucji prawa publicznego nie zależy od względnego znaczenia, w ramach całej jej działalności, zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnym nie mających charakteru przemysłowego lub handlowego. Podobnie, nie jest istotne to, że działalność komercyjna (handlowa) może być prowadzona przez odrębną osobę prawną wchodzącą w skład tej samej grupy lub koncernu.

### **Pytanie szóste**

Wreszcie, zadając szóste pytanie sąd krajowy dąży do ustalenia, jakie wnioski należy wyciągnąć z faktu, że postanowienia, na podstawie których powstała przedmiotowa instytucja oraz określające potrzeby które trzeba zaspokajać, muszą mieć formę przepisów prawnych, aktów administracyjnych lub innych przepisów.

Należy stwierdzić, że choć warunkiem zastosowania art. 6 dyrektywy 92/50 jest to, by wyłączenie wynikało z opublikowanych przepisów prawnych, aktów administracyjnych lub innych przepisów, wymagania te nie są częścią definicji "instytucji prawa publicznego".

W treści drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 nie mówi się w ogóle o podstawie prawnej działalności przedmiotowej instytucji.

Ponadto, należy pamiętać, że po to by realizować w pełni zasadę wolności przepływu usług, termin "podmiot zamawiający" należy interpretować funkcjonalnie (patrz podobnie w sprawie 31/87 Beentjes przeciwko Państwu Holenderskiemu [1988] ECR 4635, pkt 11). Z uwagi na tę potrzebę, nie należy przeprowadzać rozróżnienia według rodzaju aktu zawierającego postanowienia na podstawie których powstaje instytucja, oraz określające potrzeby które należy zaspokajać.

Na szóste pytanie należy więc odpowiedzieć, że przepis drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 należy interpretować tak, że to czy istnieją potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego należy oceniać obiektywnie, przy czym rodzaj aktu którego postanowienia mówią o tych potrzebach jest pod tym względem nieistotny.

## **Decyzja dotycząca kosztów**

### **Koszty**

Koszty poniesione przez rządy Holandii, Danii, Niemiec, Hiszpanii, Francji, Austrii, Finlandii, Szwecji i Zjednoczonego Królestwa oraz przez Komisję Wspólnot Europejskich, które to rządy i Komisja przedstawiły swe uwagi Trybunałowi, nie podlegają zwrotowi. Ponieważ niniejsze postępowanie jest dla stron postępowania głównego elementem procesu przed sądem krajowym, rozstrzygnięcie o kosztach należy do tego sądu.

## **Sentencja orzeczenia**

**Opierając się na takich podstawach,**

**TRYBUNAŁ,**

w odpowiedzi na pytania skierowane do niego przez *Gerechthof w Arnhem*, orzeczeniem z 29 października 1996 r. orzeka co następuje.

Przepis drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować tak, że ustawodawca wyróżnił potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego, oraz potrzeby o charakterze powszechnym mające charakter przemysłowy ani handlowy.

Z zakresu terminu "potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego" nie są wyłączone potrzeby, które mogą być zaspokajane również przez podmioty prywatne.

Status instytucji prawa publicznego nie zależy od względnego znaczenia, w ramach całej jej działalności, zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego. Podobnie, nie jest istotne to, że działalność komercyjną ("handlową") może prowadzić jako taka odrębna osoba prawna będąca częścią tej samej grupy lub koncernu.

Przepis drugiego akapitu art. 1 lit. (b) dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że to czy istnieją potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego należy oceniać obiektywnie, przy czym rodzaj aktu, którego postanowienia mówią o tych potrzebach jest pod tym względem nieistotny.