Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
RIMVYDASA NORKUSA
przedstawiona w dniu 13 marca 2025 r. [1]

Sprawa C-715/23

Farmacija, d.o.o.
przeciwko
Občina Benedikt,
przy udziale:
MN

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajową komisję ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych) (Słowenia)]

Odesłanie prejudycjalne – Zbliżanie ustawodawstw – Procedury udzielania zamówień w drodze koncesji – Dyrektywa 2014/23/UE – Artykuł 4 ust. 2 i art. 19 – Zakres stosowania – Działalność polegająca na prowadzeniu apteki

I. Wprowadzenie

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajową komisję ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych, Słowenia) na podstawie art. 267 TFUE dotyczy wykładni art. 4 ust. 2 i art. 19 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji [2].

2. Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Farmacija, d.o.o. (zwaną dalej „Farmaciją”), spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, a Občina Benedikt (gminą Benedikt, Słowenia, zwaną dalej „gminą Benedikt”) w przedmiocie udzielenia przez tę gminę zezwolenia na prowadzenie oddziału apteki na jej terytorium bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji. W środku odwoławczym od tej decyzji administracyjnej Farmacija zarzuca zasadniczo gminie Benedikt, że nie przeprowadziła odpowiedniego postępowania, a mianowicie postępowania w sprawie udzielenia koncesji, czym naruszyła dyrektywę 2014/23. Gmina uważa natomiast, że zezwolenie na prowadzenie oddziału apteki nie stanowi udzielenia koncesji i że w związku z tym Farmacija nie korzysta z ochrony prawnej na podstawie tej dyrektywy.

[1] Język oryginału: francuski.
[2] Dz.U. 2014, L 94, s. 1.

3. Podstawową kwestią, która pojawia się w tym sporze, jest zatem to, czy usługi świadczone w ramach prowadzenia apteki są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/23. Zakłada to, że rozpatrywane usługi farmaceutyczne można zakwalifikować jako „działalność gospodarczą". Z jednej strony za taką interpretacją przemawia fakt, że podmioty świadczące te usługi otrzymują wynagrodzenie. Stwierdzenie to odnosi się do zysku pochodzącego ze świadczenia usługi publicznej polegającej na sprzedaży produktów leczniczych, ale także do innych czynności w ramach działalności gospodarczej. Z drugiej strony należy wziąć pod uwagę zasadniczą rolę, jaką apteki odgrywają w dziedzinie zdrowia publicznego, a także ich finansowanie, które stawia je w uprzywilejowanej relacji z państwem i odróżnia je od innych podmiotów gospodarczych. Wszystkie te aspekty prowadzą mnie do klasycznej kwestii rozgraniczenia między „usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym" a „usługami o charakterze niegospodarczym świadczonymi w interesie ogólnym", które determinują zastosowanie przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych. Przyszły wyrok Trybunału może mieć wpływ wykraczający poza niniejszą sprawę, ponieważ umożliwi dostosowanie zasad rynku wewnętrznego w sektorze uznawanym przez niektóre państwa członkowskie za wrażliwy.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

4. Motywy 6, 14, 17, 19 i 53 dyrektywy 2014/23 mają następujące brzmienie:

„(6) Należy przypomnieć, że państwa członkowskie mają swobodę decydowania – zgodnie z zasadami zawartymi w TFUE dotyczącymi równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości i swobodnego przepływu osób – w zakresie organizacji świadczenia usług jako usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jako usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym lub jako połączenia tych rodzajów usług. […] Ponadto niniejsza dyrektywa nie dotyczy finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym i nie ma zastosowania do systemów pomocy udzielanej przez państwa członkowskie, w szczególności w dziedzinie polityki społecznej, zgodnie z unijnymi regułami konkurencji. Należy doprecyzować, że usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym nie powinny być objęte zakresem niniejszej dyrektywy.

[…]

(14) Ponadto niektóre akty państw członkowskich, takie jak zezwolenia lub licencje, na podstawie których państwo członkowskie lub jego organ publiczny określa warunki prowadzenia działalności gospodarczej, w tym warunek zakładający wykonywanie pewnego zadania, przyznawanego w normalnych warunkach na wniosek wykonawcy, a nie z inicjatywy instytucji zamawiającej ani podmiotu zamawiającego, i gdy wykonawca może swobodnie wycofać się z wykonywania robót budowlanych lub ze świadczenia usług, nie powinny być kwalifikowane jako koncesje. W przypadku takich aktów państw członkowskich mogą mieć zastosowanie szczególne przepisy dyrektywy [2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. 2006, L 376, s. 36)]. W odróżnieniu od takich aktów państwowych umowy koncesji przewidują wiążące obie strony obowiązki, gdy wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług podlega specjalnym, określonym przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, prawnie wiążącym wymogom.

[…]

(17) Umowy nie obejmujące płatności na rzecz wykonawcy i gdy wykonawca jest opłacany na podstawie taryfy regulowanej, wyliczonej tak, aby pokryć wszystkie koszty i inwestycje dokonane przez wykonawcę za świadczenie usługi nie powinny być objęte zakresem niniejszej dyrektywy.

[…]

(19) W przypadku gdy regulacje sektorowe eliminują ryzyko, przewidując udzielenie koncesjonariuszowi gwarancji osiągnięcia progu rentowności inwestycji i odzyskania kosztów poniesionych na obsługę umowy, takie umowy nie powinny kwalifikować się jako koncesje w rozumieniu niniejszej dyrektywy. Fakt, że ryzyko jest od początku ograniczone, nie powinien wykluczać zakwalifikowania umowy jako koncesji. Może się tak zdarzyć na przykład w przypadku sektorów o regulowanych taryfach, lub gdy ryzyko operacyjne jest ograniczone zobowiązaniami umownymi zapewniającymi częściową rekompensatę, obejmującą rekompensatę w przypadku wcześniejszego zakończenia obowiązywania koncesji z powodów przypisywanych instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu lub z powodów działania siły wyższej.

[…]

(53) Właściwe jest wyłączenie z pełnego zakresu stosowania niniejszej dyrektywy tylko tych usług, które mają ograniczony wymiar transgraniczny, takich jak niektóre usługi społeczne, zdrowotne lub edukacyjne. Usługi te świadczone są w określonym kontekście, zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego z uwagi na różne tradycje kulturowe. Należy zatem ustanowić szczególny reżim udzielania koncesji na takie usługi, uwzględniający fakt, że usługi te są nowo regulowane. Obowiązek publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego oraz ogłoszenia o udzieleniu koncesji dla każdej koncesji o wartości nie mniejszej niż wysokość progu ustanowionego w niniejszej dyrektywie stanowi odpowiedni sposób zapewnienia potencjalnym oferentom informacji na temat możliwości biznesowych, natomiast wszystkim zainteresowanym stronom udzielane są informacje o liczbie i rodzaju udzielonych koncesji. Ponadto państwa członkowskie powinny wprowadzić odpowiednie środki w odniesieniu do udzielania koncesji na te usługi, mające na celu zapewnienie zgodności tych postępowań z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców, a jednocześnie umożliwiające instytucjom zamawiającym lub podmiotom zamawiającym uwzględnienie specyfiki przedmiotowych usług […]”.

5. Artykuł 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Przedmiot i zakres stosowania”, stanowi w ust. 1 i 4:

„1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania przez instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zamówień w drodze koncesji, których szacunkowa wartość jest nie mniejsza niż próg określony w art. 8.

[…]

4. Porozumienia, decyzje lub inne instrumenty prawne regulujące przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi lub podmiotami zamawiającymi lub grupami instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za realizację zadań

określonych w umowie, uznaje się za kwestię, która podlega uregulowaniom wewnętrznym w danym państwie członkowskim i na którą w związku z tym niniejsza dyrektywa nie ma żadnego wpływu”.

6. Artykuł 4 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Swoboda określania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”, przewiduje w ust. 2:

„Zakres niniejszej dyrektywy nie obejmuje usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym”.

7. Artykuł 5 pkt 1 akapit pierwszy lit. b) i art. 5 pkt 1 akapit drugi tej dyrektywy stanowią:

„Do celów niniejszej dyrektywy mają zastosowanie następujące definicje:

[…]

b) »koncesja na usługi« oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług – innych niż wykonanie robót budowlanych, o których mowa w lit. a) – i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością.

Udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z podażą, albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiekolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne […]”.

8. Artykuł 8 dyrektywy 2014/23, zatytułowany „Próg i metody obliczania szacunkowej wartości koncesji”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do koncesji, których wartość jest równa lub wyższa niż 5 186 000 EUR.

2. Wartość koncesji to całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez [podatku od wartości dodanej (VAT)], oszacowany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane i usługi będące przedmiotem koncesji oraz dostawy towarzyszące takim robotom i usługom.

[…]”.

9. Artykuł 18 tej dyrektywy, zatytułowany „Okres obowiązywania koncesji”, stanowi:

„1. Koncesje mają ograniczony okres obowiązywania. Jest on określany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający na podstawie robót budowlanych lub usług zleconych koncesjonariuszowi.

2. W przypadku koncesji trwających ponad 5 lat maksymalny okres obowiązywania koncesji nie przekracza okresu, w którym koncesjonariusz może w uzasadniony sposób oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych na przeprowadzenie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem z zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji wymaganych na realizację konkretnych celów umownych.

Inwestycje uwzględnione do celów wyliczeń obejmują zarówno inwestycje początkowe, jak i inwestycje poczynione w okresie obowiązywania koncesji”.

10. Artykuł 19 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Usługi społeczne i inne szczególne usługi”, przewiduje:

„Koncesje na usługi społeczne oraz inne szczególne usługi wymienione w załączniku IV, objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, podlegają wyłącznie obowiązkom wynikającym z art. 31 ust. 3 i art. 32, 46 i 47”.

B. Prawo słoweńskie

1. ZNKP

11. Artykuł 2 pkt 18 Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (ustawy o niektórych umowach koncesji, zwanej dalej „ZNKP”) [3] stanowi:

„»Usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym« oznaczają usługi o charakterze niegospodarczym, które z mocy ustawy są świadczone jako usługi w interesie ogólnym i które nie są oferowane odpłatnie na rynku, a które w związku z tym podlegają szczególnym zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych”.

12. Artykuł 9 tej ustawy przewiduje:

„Niniejsza ustawa ma zastosowanie do umów koncesji, których wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), oszacowano na poziomie lub powyżej wartości określonej w art. 8 ust. 1 dyrektywy [2014/23]”.

13. Artykuł 10 rzeczonej ustawy stanowi:

„Przepisy niniejszej ustawy, jak również przepisy ustaw szczególnych, o ile nie są one sprzeczne z niniejszą ustawą, mają zastosowanie do koncesji regulowanych niniejszą ustawą i ustawami szczególnymi”.

[3] Dziennik Urzędowy Republiki Słowenii nr 9/2019 z 11.2.2019.

14. Zgodnie z art. 11 ust. 1 wspomnianej ustawy:

„Niniejsza ustawa nie ma zastosowania do:

1. koncesji na usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym”.

15. Artykuł 15 ZNKP przewiduje:

„Przepisy niniejszej ustawy, które regulują obowiązek przygotowania aktów przygotowawczych, obowiązek publikacji ogłoszeń, o których mowa w art. 35 i 40 niniejszej ustawy, a także ochronę prawną w postępowaniach prowadzących do wyboru koncesjonariusza na podstawie niniejszej ustawy, mają zastosowanie do koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku IV do dyrektywy [2014/23]”.

2. ZZDej

16. Artykuł 2 Zakon o zdravstveni dejavnosti (ustawy o opiece zdrowotnej, zwanej dalej „ZZDej”) [4] stanowi:

„Opieka zdrowotna jest świadczona na poziomie podstawowym, średnim i wysoce specjalistycznym.

Opieka zdrowotna na poziomie podstawowym obejmuje podstawową opiekę zdrowotną i działalność farmaceutyczną”.

17. Artykuł 3 tej ustawy przewiduje:

„Świadczeniodawcami są osoby fizyczne i prawne, krajowe i zagraniczne, które otrzymały zezwolenie ministerstwa zdrowia na świadczenie opieki zdrowotnej.

Publiczna opieka zdrowotna obejmuje usługi zdrowotne, których ciągłe i regularne świadczenie jest gwarantowane w interesie publicznym przez państwo i jednostki samorządu terytorialnego oraz które, na podstawie zasady solidarności i zgodnie z przepisami regulującymi opiekę zdrowotną i ubezpieczenie zdrowotne, są gwarantowane jako prawa wynikające z obowiązkowego ubezpieczenia zdrowotnego i są finansowane w całości lub w części ze środków publicznych, głównie z obowiązkowego ubezpieczenia zdrowotnego. Usługi zdrowotne, o których mowa w zdaniu poprzednim, jako usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym, muszą być świadczone przez świadczeniodawców o celach niezarobkowych w taki sposób, aby nadwyżka przychodów nad wydatkami była przeznaczana na realizację i rozwój opieki zdrowotnej”.

18. Artykuł 20 ust. 1 wspomnianej ustawy stanowi:

„Działalność farmaceutyczną prowadzi się zgodnie z ustawą szczególną. W sprawach nieuregulowanych ustawą szczególną stosuje się niniejszą ustawę”.

[4] Dziennik Urzędowy Republiki Słowenii nr 9/92 z 21.2.1992.

3. ZLD-1

19. Artykuł 1 Zakon o lekarniški dejavnosti (ustawy o działalności farmaceutycznej, zwanej dalej „ZLD-1”) [5] stanowi:

„Niniejsza ustawa reguluje cel, treść i warunki wykonywania działalności farmaceutycznej, organizację, warunki i procedury wydawania oraz wykonywania koncesji, przedsiębiorców z sektora farmaceutycznego i ich stowarzyszenia zawodowe, działalność farmaceutyczną w Internecie i nadzór”.

20. Artykuł 2 ust. 1 tej ustawy przewiduje:

„Celem działalności farmaceutycznej jest zapewnienie skutecznego i wysokiej jakości zaopatrzenia w produkty lecznicze i inne produkty wspierające leczenie i ochronę zdrowia, a także udzielanie porad pacjentom i pracownikom służby zdrowia w zakresie ich bezpiecznego, prawidłowego i skutecznego stosowania”.

21. Artykuł 4 ust. 1 pkt 8 wspomnianej ustawy stanowi:

„Podmiot świadczący działalność farmaceutyczną [oznacza] osobę fizyczną lub prawną posiadającą koncesję na prowadzenie działalności farmaceutycznej zgodnie z niniejszą ustawą, aptekę ogólnodostępną, szpital lub inny podmiot świadczący usługi zgodnie z niniejszą ustawą”.

22. Artykuł 5 tej ustawy stanowi:

„1. Działalność farmaceutyczna jest publiczną opieką zdrowotną, która zapewnia ciągłe i regularne dostawy produktów leczniczych dla ludności i pracowników służby zdrowia, a także leczenie farmakologiczne pacjentów.

2. Działalność farmaceutyczna jest wykonywana na poziomach opieki zdrowotnej podstawowym, średnim i wysoce specjalistycznym.

3. Sieć działalności farmaceutycznej w rozumieniu niniejszej ustawy jest gwarantowana na poziomie podstawowym przez gminę lub kilka sąsiednich gmin wspólnie, a na poziomach średnim i wysoce specjalistycznym przez państwo”.

23. Artykuł 10 ust. 2, 3, 4 i 7 ZLD-1 przewiduje:

„2. Oddział apteki może wykonywać swoją działalność wyłącznie pod profesjonalnym nadzorem apteki, która go utworzyła. Kierownik apteki, który utworzył oddział, jest odpowiedzialny za jego funkcjonowanie.

3. Zezwolenie na prowadzenie oddziału apteki wydaje gmina, w której oddział ma zostać utworzony, po uprzednim zasięgnięciu opinii Lekarniška zbornica Slovenije (słoweńskiej izby aptekarskiej) i za zgodą ministra.

4. Zezwolenie na prowadzenie oddziału apteki może być również udzielone na czas określony lub na określony okres w roku (sezon turystyczny).

[5] Dziennik Urzędowy Republiki Słowenii nr 85/16 z 28.12.2016.

[…]

7. Oddział apteki rozpoczyna działalność farmaceutyczną dopiero po wydaniu zezwolenia zgodnie z art. 67 akapit pierwszy niniejszej ustawy”.

24. Artykuł 15 ust. 1 tej ustawy stanowi:

„Prowadzenie działalności farmaceutycznej jest finansowane ze środków publicznych i prywatnych. Środki publiczne, o których mowa w zdaniu poprzednim, obejmują w szczególności:

– płatności za usługi świadczone w ramach działalności farmaceutycznej na podstawie umów zawartych z instytucjami ubezpieczeń zdrowotnych,

– płatności ze środków budżetowych,

– środki podmiotu założycielskiego”.

25. Artykuł 27 ust. 1 wspomnianej ustawy stanowi:

„Publiczny podmiot farmaceutyczny na poziomie podstawowym jest tworzony na danym terytorium przez gminę lub wspólnie przez kilka sąsiednich gmin, po uzyskaniu opinii właściwego samorządu zawodowego i za zgodą ministerstwa”.

26. Artykuł 39 ust. 1 i 2 tej ustawy przewiduje:

„1. Koncesja na prowadzenie działalności farmaceutycznej na poziomie podstawowym może być udzielona na warunkach określonych w niniejszej ustawie osobie fizycznej, która prowadzi działalność farmaceutyczną, lub osobie prawnej, w której osoba prowadząca działalność farmaceutyczną, będąca również osobą kierującą tą osobą prawną lub jej organem zarządzającym, posiada ponad 50 % kapitału zakładowego (zwanej dalej „koncesjonariuszem”).

2. Koncesjonariusz tworzy apteki lub oddziały aptek jako własne jednostki organizacyjne w celu wykonywania działalności farmaceutycznej w rejonach, dla których posiada koncesję lub zezwolenie na prowadzenie oddziału apteki, zgodnie z siecią działalności farmaceutycznej na poziomie podstawowym, z zastrzeżeniem uprzedniej opinii właściwej izby i zgody ministra”.

III. Okoliczności powstania sporu, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

27. W dniu 11 marca 2022 r. gmina Benedikt wydała na rzecz MN, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji, zezwolenie na prowadzenie oddziału apteki w gminie Benedikt na czas nieokreślony.

28. Spółka Farmacija, strona wnosząca środek odwoławczy w postępowaniu głównym, jest wpisana do rejestru handlowego jako przedsiębiorca zajmujący się obrotem produktami farmaceutycznymi, a jej większościowy udziałowiec posiada licencję pozwalającą mu na samodzielne wykonywanie zawodu kierownika apteki w ramach wykonywania działalności farmaceutycznej.

29. Farmacija złożyła środek odwoławczy do gminy Benedikt, ze względu na to, że ta ostatnia, wydając wspomniane zezwolenie, z naruszeniem dyrektywy 2014/23, udzieliła koncesji na prowadzenie działalności farmaceutycznej bez przeprowadzenia mającego zastosowanie postępowania.

30. Gmina Benedikt odrzuciła środek odwoławczy bez rozpatrzenia sprawy co do istoty, uznając, że Farmaciji nie przysługuje prawo do środka odwoławczego ani w ramach postępowania wstępnego w stosunku do postępowania odwoławczego ani w ramach właściwego postępowania odwoławczego. W tym względzie, zdaniem gminy Benedikt, wydanie zezwolenia na prowadzenie oddziału apteki nie stanowi w istocie udzielenia koncesji na usługi.

31. Farmacija wniosła od tej decyzji gminy Benedikt środek zaskarżenia, który owa gmina przekazała do Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowej komisji ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych) (zwanej dalej „krajową komisją ds. kontroli" lub „organem odsyłającym").

32. Zdaniem krajowej komisji ds. kontroli, gmina Benedikt, wydając zezwolenie na prowadzenie oddziału apteki, udzieliła koncesji na prowadzenie działalności farmaceutycznej. Komisja ta ma jednak wątpliwości, czy usługi farmaceutyczne stanowią w istocie usługi objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/23.

33. W tych okolicznościach krajowa komisja ds. kontroli postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi, przy czym na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi jedynie na wypadek, gdyby odpowiedź na pytanie pierwsze była przecząca:

„1) Czy usługę związaną z prowadzeniem działalności farmaceutycznej, która dotyczy zasadniczo wydawania użytkownikom produktów leczniczych stosowanych u ludzi, wymagających lub niewymagających recepty, wraz z udzielaniem użytkownikom porad w zakresie prawidłowego i bezpiecznego stosowania tych produktów leczniczych, można uznać za »usługę o charakterze niegospodarczym świadczoną w interesie ogólnym« w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/23?

2) Czy usługę związaną z prowadzeniem działalności farmaceutycznej, która dotyczy zasadniczo wydawania użytkownikom produktów leczniczych stosowanych u ludzi, wymagających lub niewymagających recepty, wraz z udzielaniem użytkownikom porad w zakresie prawidłowego i bezpiecznego stosowania tych produktów leczniczych, można uznać za usługi społeczne i inne szczególne usługi w rozumieniu art. 19 dyrektywy 2014/23?".

IV. Postępowanie przed Trybunałem

34. Postanowienie odsyłające z dnia 23 listopada 2023 r. wpłynęło do sekretariatu Trybunału w tym samym dniu.

35. W terminie wskazanym w art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uwagi na piśmie złożyły Farmacija, rządy słoweński, czeski i grecki oraz Komisja Europejska.

36. Podczas rozprawy w dniu 12 grudnia 2024 r. uwagi przedstawili pełnomocnicy procesowi Farmaciji, rządów słoweńskiego, czeskiego i greckiego oraz Komisji.

V. Analiza prawna

A. W przedmiocie kwalifikacji zezwolenia jako „koncesji" i przepisów mających do niej zastosowanie

37. Jak wskazałem we wprowadzeniu, niniejsza sprawa dotyczy możliwości zastosowania w niej dyrektywy 2014/23. Zdaniem organu odsyłającego zależy to od tego, czy rozpatrywane usługi farmaceutyczne można zakwalifikować jako „usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym". W tym kontekście należy zauważyć, że pytania przedstawione przez organ odsyłający opierają się na założeniu, że niniejsza sprawa dotyczy „koncesji" w rozumieniu tej dyrektywy. Biorąc pod uwagę, że słoweński porządek prawny przewiduje różne systemy regulujące prowadzenie aptek na terytorium tego państwa członkowskiego, uważam że, dla pełności wywodu, należy krótko przypomnieć ramy prawne Unii mające zastosowanie w tej dziedzinie, a w szczególności różnicę między pojęciami „koncesji" i „zezwolenia", tym bardziej że tylko pierwsze z tych pojęć wchodzi w zakres stosowania wspomnianej dyrektywy [6].

38. Z motywu 14 dyrektywy 2014/23 wynika bowiem, że „niektóre akty państw członkowskich, takie jak *zezwolenia* lub licencje, na podstawie których państwo członkowskie lub jego organ publiczny określa warunki prowadzenia działalności gospodarczej, w tym warunek zakładający wykonywanie pewnego zadania, przyznawanego w normalnych warunkach na wniosek wykonawcy, a nie z inicjatywy instytucji zamawiającej ani podmiotu zamawiającego, i gdy wykonawca może swobodnie wycofać się z wykonywania robót budowlanych lub ze świadczenia usług, nie powinny być kwalifikowane jako koncesje". Z tego motywu wynika również, że „[w] przypadku *takich aktów* państw członkowskich mogą mieć zastosowanie szczególne przepisy dyrektywy [2006/123]" (moje wyróżnienie).

39. W tym względzie należy zauważyć, że art. 4 pkt 6 dyrektywy 2006/123 definiuje pojęcie „systemu zezwoleń" i że z definicji tej można wywnioskować, iż przez „zezwolenie" należy rozumieć „formalną lub dorozumianą decyzję dotyczącą podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej". Niemniej jednak art. 2 ust. 2 lit. f) tej dyrektywy stanowi, że nie ma ona zastosowania do „usług zdrowotnych". W motywie 22 tej dyrektywy wyjaśniono, że „[w]yłączenie usług zdrowotnych z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy powinno obejmować *usługi medyczne i farmaceutyczne* świadczone przez pracowników ochrony zdrowia" (moje wyróżnienie). Innymi słowy, dyrektywa 2006/123 nie miałaby zastosowania, gdyby warunki prowadzenia apteki były określane poprzez udzielenie „zezwolenia".

40. Tymczasem, jak wspomniano w niniejszej opinii, nie wydaje się, aby miało to miejsce w niniejszej sprawie. Zgodnie z kwalifikacją dokonaną przez organ odsyłający na podstawie prawa Unii i na własną odpowiedzialność [7] gmina Benedikt udzieliła „koncesji" w rozumieniu dyrektywy 2014/23. W tym kontekście motyw 14 tej dyrektywy ma znaczenie w zakresie, w jakim stanowi on, że „[w] odróżnieniu od takich aktów państwowych *umowy koncesji* przewidują wiążące obie strony obowiązki, gdy wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług podlega specjalnym, określonym przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, prawnie wiążącym wymogom" (moje wyróżnienie). Wreszcie należy przypomnieć, że „koncesję na usługi"

[6] Zobacz wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Promoimpresa i in. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 45).

[7] Zobacz wyroki: z dnia 21 lipca 2005 r. Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, pkt 10); z dnia 10 marca 2011 r., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, pkt 29, 36); a także z dnia 21 maja 2015 r., Kansaneläkelaitos (C-269/14, niepublikowany, EU:C:2015:329, pkt 25), w przedmiocie wyłącznej właściwości sądu krajowego do dokonania kwalifikacji danej czynności. Rola Trybunału sprowadza się do dokonania na użytek tego sądu wykładni prawa Unii, użytecznej celem wydania orzeczenia, które sąd ten ma obowiązek wydać w zawisłej przed nim sprawie.

charakteryzuje w szczególności sytuacja, w której prawo do obsługi konkretnej usługi jest przenoszone przez instytucję zamawiającą na koncesjonariusza, a ten ostatni posiada, w ramach zawartej umowy, pewien zakres swobody gospodarczej pozwalający określić warunki wykonywania tego prawa, przy jednoczesnym ponoszeniu w dużej mierze ryzyka świadczenia usługi [8].

41. To właśnie w świetle tych uwag dotyczących ram prawnych regulujących udzielanie „koncesji" i „zezwoleń" należy poniżej zbadać przedłożone przez organ odsyłający pytania. Pytania te zostaną zbadane w kolejności, w jakiej zostały zadane, po rozpatrzeniu zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez rząd słoweński.

B. W przedmiocie dopuszczalności

42. Rząd słoweński kwestionuje dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym ze względu na to, że krajowa komisja ds. kontroli nie posiada w niniejszym przypadku statusu „sądu" w rozumieniu art. 267 TFUE. Dokładniej rzecz ujmując, rząd słoweński utrzymuje, że nie można zakwalifikować tego organu jako „sądu" w rozumieniu tego postanowienia ze względu na jego brak właściwości do rozpoznania sporu w postępowaniu głównym na podstawie przepisów prawa krajowego.

43. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem o tym, czy organ odsyłający ma status „sądu", decyduje zespół przesłanek, takich jak podstawa prawna istnienia organu, jego stały lub tymczasowy charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradyktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość [9]. W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał miał już okazję wypowiedzieć się w przedmiocie kwalifikacji krajowej komisji ds. kontroli jako „sądu". Okoliczność ta zasługuje na szczególną uwagę.

44. W sprawie Medisanus Trybunał po raz pierwszy stwierdził, że krajowa komisja ds. kontroli spełnia wszystkie kryteria, aby uznać ją za „sąd krajowy" w rozumieniu art. 267 TFUE [10]. Trybunał uzasadnił tę kwalifikację szeregiem argumentów, które pokrótce podsumuję. Po pierwsze, Trybunał uznał, że jest to komisja ustanowiona w Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega narocanja (ustawie o środkach odwoławczych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych) [11], na mocy której ma stały charakter a jego jurysdykcja ma charakter obligatoryjny. Po drugie, Trybunał uznał, że krajowa komisja ds. kontroli nie ma związków z organami władzy publicznej, których decyzje podlegają jej kontroli, oraz że wchodzącym w jej skład członkom przysługują gwarancje określone w ustawie o urzędzie sędziego w zakresie nominacji, czasu trwania kadencji i podstaw odwołania z urzędu, więc mają zagwarantowaną niezawisłość. Po trzecie, Trybunał stwierdził, że postępowanie przed krajową komisją ds. kontroli ma charakter kontradyktoryjny i że wydawane przez nią decyzje na podstawie ustawy o środkach odwoławczych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustawy regulującej postępowanie cywilne mają powagę rzeczy osądzonej.

[8] Zobacz wyroki: z dnia 11 czerwca 2009 r., Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, EU:C:2009:358, pkt 71); z dnia 14 lipca 2016 r., Promoimpresa i in. (C-458/14, C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 46).

[9] Zobacz wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

[10] Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, pkt 32–38).

[11] Dziennik Urzędowy Republiki Słowenii nr 43/11 z 3.6.2011.

45. Należy zwrócić uwagę na fakt, że Trybunał nie podważył tego wniosku w wyrokach wydanych odpowiednio w sprawach Tax-Fin-Lex[12] i SHARENGO[13], których przedmiotem były pytania prejudycjalne zadane przez tę samą krajową komisję ds. kontroli. W tych dwóch wyrokach, w przeciwieństwie do wyroku w sprawie Medisanus, Trybunał nie zajmował się już bowiem dopuszczalnością, w szczególności uznaniem organu odsyłającego za „sąd" w rozumieniu art. 267 TFUE, lecz bezpośrednio zbadał co do istoty zadane przez niego pytania. Chociaż rząd słoweński podnosi, że sprawa w postępowaniu głównym różni się od spraw będących przedmiotem wspomnianych wyroków, to nie precyzuje on jednak, jakie kryterium przyjęte w przytoczonym powyżej orzecznictwie przestał spełniać organ odsyłający w niniejszej sprawie. W tym kontekście nie widzę powodu, dla którego Trybunał miałby odejść od przyjętej kwalifikacji, tym bardziej że została ona wielokrotnie potwierdzona. Jest zatem jasne, że Trybunał nie zmienił swojego stanowiska.

46. Wydaje mi się, że argumentacja rządu słoweńskiego ma na celu zakwestionowanie właściwości organu odsyłającego do rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, a w konsekwencji podważenie konieczności, a nawet użyteczności odpowiedzi Trybunału na pytania zadane we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W szczególności rząd ten podnosi, że zgodnie z prawem krajowym, a w szczególności przepisami w dziedzinie ochrony prawnej w ramach koncesji regulowanych przez przepisy sektorowe, organ odsyłający nie może być właściwy do rozpoznania sprawy w postępowaniu głównym. Rząd ten uważa, że ochrona prawna przewidziana w ustawie o środkach odwoławczych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ decyzja wydana przez gminę Benedikt jest decyzją administracyjną, którą powinien najpierw rozstrzygnąć burmistrz gminy, a następnie, w stosownym przypadku, powinna ona podlegać ogólnemu postępowaniu administracyjnemu.

47. Argument ten wydaje mi się jednak nieistotny dla niniejszej sprawy z powodów, które przedstawię w dalszej części niniejszej opinii.

48. Po pierwsze pragnę zauważyć, że z orzecznictwa Trybunału wynika, iż twierdzenie, zgodnie z którym sąd odsyłający nie jest właściwy na podstawie przepisów prawa krajowego do rozpatrzenia sporu, nie może wystarczyć do stwierdzenia niedopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, ponieważ do Trybunału nie należy kwestionowanie dokonanej przez sąd odsyłający oceny krajowych przepisów dotyczących zasad ustroju sądów i postępowania przed nimi[14]. Trybunał powinien bowiem w tym zakresie oprzeć się na postanowieniu odsyłającym wydanym przez sąd państwa członkowskiego, o ile postanowienie to nie zostało uchylone na skutek wniesienia środków zaskarżenia ewentualnie przewidzianych przez prawo krajowe[15]. W związku z tym do celów oceny dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE wystarczy zasadniczo, by organ odsyłający uznał się za właściwy w sporze w postępowaniu głównym[16], przy czym nie ma znaczenia dokładna kwalifikacja prawna zaskarżonej decyzji administracyjnej, jaką jest w tym przypadku udzielenie „koncesji".

[12] Wyrok z dnia 10 września 2020 r., Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685).

[13] Wyrok z dnia 10 listopada 2022 r., SHARENGO (C-486/21, EU:C:2022:868).

[14] Zobacz wyroki: z dnia 10 grudnia 2018 r., Wightman i in. (C-621/18, EU:C:2018:999, pkt 30); z dnia 30 września 2020 r., CPAS de Liège (C-233/19, EU:C:2020:757, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo); a także opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie TGSS (Bezrobocie pracowników domowych) (C-389/20, EU:C:2021:777, pkt 28).

[15] Zobacz wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., Governo della Repubblica italiana (Status włoskich sędziów pokoju) (C-658/18, EU:C:2020:572, pkt 61).

[16] Z zastrzeżeniem przewidzianej w krajowym porządku prawnym kontroli sądu wyższej instancji.

49. Po drugie należy przypomnieć, że w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi ustanowionej w art. 267 TFUE jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za przyszłe orzeczenie sądowe, należy, przy uwzględnieniu szczególnych okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena niezbędności uzyskania orzeczenia prejudycjalnego dla wydania swojego orzeczenia, jak i ocena znaczenia pytań, z którymi zwraca się on do Trybunału. W związku z tym, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni lub ważności przepisu prawa Unii, Trybunał jest w zasadzie zobowiązany do wydania orzeczenia.

50. Pytania dotyczące prawa Unii korzystają zatem z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie pytania prejudycjalnego zadanego przez sąd krajowy jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia lub ocena ważności przepisu Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania [17]. W niniejszej sprawie nie wydaje się, by wykładnia prawa Unii, o którą wniósł organ odsyłający, nie miała żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu w postępowaniu głównym ani by problem wskazany przez te organ miał charakter hipotetyczny.

51. W świetle powyższych rozważań jestem zdania, że niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny. Trybunał powinien zatem udzielić odpowiedzi na pytania przedstawione przez organ odsyłający.

C. Co do istoty

1. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

52. Poprzez pytanie pierwsze organ odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy działalność polegająca na prowadzeniu apteki, której zasadnicza część polega na wydawaniu użytkownikom produktów leczniczych stosowanych u ludzi, na receptę lub bez recepty, oraz na udzielaniu im porad dotyczących prawidłowego i bezpiecznego stosowania tych produktów leczniczych, wchodzi w zakres pojęcia „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/23.

a) W przedmiocie pojęcia „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym”

53. Na wstępie pragnę zauważyć, że pojęcie „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym” obejmuje dwa elementy. Aby usługa była objęta zakresem art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/23, musi ona, po pierwsze, być świadczona *w interesie ogólnym*, a po drugie, mieć *niegospodarczy charakter*. Ponieważ oba elementy mają charakter kumulatywny, brak jednego z nich sprawia, że przepis ten nie ma zastosowania. Na potrzeby niniejszej opinii wolę skupić się na tym, co ma charakter „niegospodarczy” i nie odnosić się do elementu „interesu ogólnego”, ponieważ takie podejście wydaje mi się wystarczające, aby zaproponować sądowi

[17] Zobacz wyroki: z dnia 1 lipca 2010 r., Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, pkt 19, 20); z dnia 27 marca 2014 r., Consejería de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana i Iberdrola Distribución Eléctrica (C-300/13, EU:C:2014:188, pkt 16); a także z dnia 21 marca 2024 r., LEA (C-10/22, EU:C:2024:254, pkt 36, 37).

krajowemu użyteczną odpowiedź. Chociaż z akademickiego punktu widzenia interesujące jest pytanie, czy element „interesu ogólnego” ma w ramach rozpatrywanego pojęcia znaczenie autonomiczne, to znaczy czy usługa „niegospodarcza” zawsze odpowiada „interesowi ogólnemu”, czy też taka usługa może nie być świadczona w „interesie ogólnym”, to nie wymaga ono odpowiedzi w niniejszej sprawie.

54. Przypomnę kryteria pozwalające na odróżnienie działalności „niegospodarczej” od działalności o charakterze „gospodarczym”, a następnie zastosuję je do niniejszego przypadku, jakim jest prowadzenie apteki. Zanim jednak przejdę do tej analizy, uważam, że należy zbadać kwestię wstępną zakresu uznania przysługującego państwom członkowskim przy definiowaniu „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym”. Zakres ten stanowi bowiem kluczowy element argumentacji rządu słoweńskiego, według którego zasadniczo „usługa o charakterze niegospodarczym świadczona w interesie ogólnym” jest usługą, którą ustawodawca krajowy definiuje jako taką.

b) W przedmiocie zakresu uznania przysługującego państwom członkowskim przy definiowaniu „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym”

55. Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/23, zatytułowanym „Swoboda określania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”, „usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym” nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy. Jak bowiem potwierdzono w motywie 6 wspomnianej dyrektywy, państwa członkowskie mają swobodę organizowania świadczenia usług jako usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jako „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym” lub jako połączenia tych rodzajów usług, z zastrzeżeniem poszanowania prawa Unii, w szczególności zasad równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości i swobodnego przepływu osób. Jednakże w motywie tym wyraźnie wyłączono z zakresu stosowania tej dyrektywy finansowanie „usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym” oraz systemów pomocy udzielanej przez państwa członkowskie, w szczególności w dziedzinie polityki społecznej, *a także „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym*”.

56. Należy podkreślić, że takie wyłączenie istnieje również w ramach dyrektywy 2006/123, ponieważ jej art. 2 ust. 2 lit. a) stanowi, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do „usług o charakterze *nieekonomicznym* świadczonych w interesie ogólnym”. Ponadto należy zauważyć, że „usługi zdrowotne” są w art. 2 ust. 2 lit. f) tej dyrektywy przedmiotem *odrębnego wyłączenia* z zakresu stosowania[18]. Chociaż przepis ten nie obejmuje „usług farmaceutycznych” stanowiących przedmiot niniejszej sprawy, to jednak motyw 22 owej dyrektywy wyraźnie się do nich odnosi, co skutkuje tym, że nie ma ona zastosowania do tego rodzaju usług. Wreszcie stwierdzam w tym kontekście, że pojęcie „usługi” w rozumieniu dyrektywy 2006/123 samo w sobie ma charakter „gospodarczy”, ponieważ zgodnie z art. 4 pkt 1 tej dyrektywy pojęcie to oznacza „*wszelką działalność gospodarczą* prowadzoną na własny rachunek, *zwykle świadczoną za wynagrodzeniem*, zgodnie z art. [57 TFUE]” (moje wyróżnienie).

57. W świetle tych uwag na tym etapie analizy należy stwierdzić, po pierwsze, że uznanie danej usługi za „usługę świadczoną w interesie ogólnym o charakterze niegospodarczym” ma decydujące znaczenie dla ustalenia, jakie przepisy mają zastosowanie w konkretnym przypadku. Po drugie, jest oczywiste, że skoro kwalifikacja ta zależy od cech charakterystycznych danej „usługi”, powinna ona być przedmiotem indywidualnej oceny. Pojęcie „usług o charakterze

[18] Zobacz pkt 39 niniejszej opinii.

niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym", do którego odnosi się organ odsyłający w pytaniu pierwszym, pojawia się w art. 2 protokołu nr 26 w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym, załączonego do traktatu FUE (zwanego dalej „protokołem nr 26"), zgodnie z którym „[p]ostanowienia Traktatów nie naruszają kompetencji państw członkowskich w zakresie świadczenia, zlecania i organizowania usług niemających charakteru gospodarczego świadczonych w interesie ogólnym". Pojęcie to nie zostało jednak zdefiniowane ani w traktacie FUE, ani w prawie wtórnym [19]. W szczególności dyrektywa 2014/23 nie definiuje pojęcia „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym".

58. Ponadto pragnę podkreślić, że art. 4 ust. 2 tej dyrektywy nie zawiera żadnego wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich. Powstaje zatem pytanie, czy mają one swobodę w definiowaniu, co wchodzi w zakres tego pojęcia na mocy ich kompetencji w zakresie świadczenia, zlecania i organizowania usług niemających charakteru gospodarczego świadczonych w interesie ogólnym, której to kompetencji zgodnie z art. 2 protokołu nr 26, postanowienia traktatów w żaden sposób nie naruszają. Jeżeli natomiast pojęcie „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym" podlega autonomicznej wykładni prawa Unii, może pojawić się kwestia jego związku z art. 2 protokołu nr 26. Odpowiedź na to pytanie wynika z zasad funkcjonowania rynku wewnętrznego.

59. Prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego Unii, które obejmuje między innymi swobodę świadczenia usług i swobodę przedsiębiorczości, jak wynika z art. 26 ust. 2 TFUE, można zapewnić jedynie poprzez *jednolite rozumienie* pojęcia „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym", w przeciwnym razie istniałoby ryzyko zróżnicowanego stosowania jego przepisów, które mogłoby spowodować jego fragmentację.

60. Rynek wewnętrzny z definicji wymaga istnienia *równoważnych warunków* dla prowadzenia działalności gospodarczej w całej Unii. W tym celu podstawowe swobody, które zapewniają obszar bez granic wewnętrznych i barier regulacyjnych, są *interpretowane i stosowane w sposób jednolity*. Aby bowiem osoby fizyczne i prawne mogły powoływać się na nie bezpośrednio i na równych zasadach, *treść i zakres praw ustanowionych w traktatach powinny być takie same* [20]. Natomiast wszelkie przepisy krajowe sprzeczne z celami rynku wewnętrznego nie mogą być stosowane [21]. Jeżeli do urzeczywistnienia rynku wewnętrznego niezbędne jest uregulowanie w pewnych dziedzinach, prawodawca Unii może przyjąć środki dotyczące *zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych* państw członkowskich zgodnie z art. 114 TFUE. Rynek wewnętrzny stanowi bowiem jedno z najważniejszych osiągnięć Unii, ponieważ przewiduje zintegrowaną przestrzeń gospodarczą, w której uczestniczą wszystkie państwa członkowskie i inne państwa stowarzyszone [22].

61. Wydaje mi się, że gdyby bez zastrzeżeń przyjąć argumentację rządu słoweńskiego, zgodnie z którą rozpatrywane usługi należy zakwalifikować jako działalność „niegospodarczą", ponieważ tak zdefiniował je ustawodawca krajowy, zgodnie z tradycjami historycznymi, kulturowymi

[19] Nie ma też definicji „usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym", mimo że zostały one wymienione w art. 14 i art. 106 ust. 2 TFUE oraz w protokole nr 26.

[20] Zobacz wyrok z dnia 24 maja 2011 r., Komisja/Francja (C-50/08, EU:C:2011:335, pkt 67 i nast.).

[21] Zobacz wyrok z dnia 8 września 2010 r., Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503, pkt 69).

[22] Jednym z podstawowych celów porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanego dalej „porozumieniem EOG") jest jak najpełniejsza realizacja swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału w całym EOG, tak aby budowany na terytorium Unii rynek wewnętrzny obejmował również państwa członkowskie Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA). W związku z tym liczne postanowienia tego porozumienia zmierzają do zagwarantowania jego wykładni w sposób możliwie jednolity w całym EOG. Do Trybunału należy w tym zakresie czuwanie nad tym, aby zasady rzeczonego porozumienia, zasadniczo identyczne z zasadami traktatu FUE, były interpretowane w sposób jednolity w państwach członkowskich (zob. wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Ruska Federacija, C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, pkt 50).

i politycznymi tego państwa członkowskiego, prowadziłoby to właśnie do takiego *ryzyka fragmentacji* rynku wewnętrznego. Biorąc pod uwagę fakt, że sposób prowadzenia działalności farmaceutycznej może się znacznie różnić w poszczególnych państwach członkowskich ze względu na specyfikę mających zastosowanie przepisów krajowych, kwalifikacja prawna jej charakteru dokonana przez państwa członkowskie nie może sama w sobie być decydująca. Należy bowiem zauważyć, że na tym etapie rozwoju prawa Unii żaden z przepisów tego prawa nie ustanawia zasad dostępu do działalności w dziedzinie farmacji, mających na celu ustalenie warunków, na jakich można tworzyć nowe apteki i ewentualnie ich oddziały na terytorium państw członkowskich [23].

62. Kompetencja państw członkowskich do świadczenia, zlecania i organizowania usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym, o której mowa w art. 2 protokołu nr 26, nie może stanowić przeszkody dla autonomicznego rozumienia pojęcia „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym". Prawdą jest, że na podstawie art. 168 ust. 7 TFUE, zgodnie z tym, jak objaśnia go wykładnia wypracowana przez Trybunał, prawo Unii nie uchybia kompetencjom państw członkowskich w zakresie uregulowania ich systemów zabezpieczenia społecznego i przyjmowania, w szczególności, przepisów w zakresie organizacji usług służby zdrowia, takich jak usługi dotyczące aptek. Należy jednak przypomnieć, że Trybunał powtórzył, iż przy wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa Unii, w szczególności zaś postanowień traktatu dotyczących swobód podstawowych, w tym swobody przedsiębiorczości. Postanowienia te obejmują skierowany do państw członkowskich zakaz wprowadzania lub zachowania nieuzasadnionych ograniczeń w wykonywaniu tej swobody w dziedzinie opieki zdrowotnej [24].

63. Prawo rynku wewnętrznego Unii ogranicza zatem zakres uznania państw członkowskich, niezależnie od ich uprawnienia do określenia poziomu, na jakim chcą zapewnić ochronę zdrowia publicznego, oraz sposobu, w jaki ten poziom ochrony ma zostać osiągnięty. W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał wypowiadał się już wielokrotnie w przedmiocie warunków tworzenia oddziałów aptek i orzekł, że dopuszczalne jest ograniczenie swobody przedsiębiorczości z nadrzędnych względów interesu ogólnego, pod warunkiem że są one właściwe dla zagwarantowania realizowanego celu i nie wykraczają poza to, co niezbędne dla osiągnięcia tego celu [25].

c) W przedmiocie kwalifikacji usług farmaceutycznych jako „działalności gospodarczej" w rozumieniu swobód podstawowych

64. Moim zdaniem, aby udzielić odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne, należy przypomnieć orzecznictwo Trybunału, w którym Trybunał zdefiniował, co stanowi „działalność gospodarczą" w rozumieniu prawa rynku wewnętrznego Unii. Jak wskazałem powyżej, „gospodarczy" charakter danej działalności ma decydujące znaczenie dla rozgraniczenia między dziedziną „usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym" a dziedziną „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym". Kryterium to wyznacza

[23] Zobacz wyroki: z dnia 1 czerwca 2010 r., Blanco Pérez i Chao Gómez (C-570/07 i C-571/07, EU:C:2010:300, pkt 45); a także z dnia 21 czerwca 2012 r., Susisalo i in. (C-84/11, EU:C:2012:374, pkt 29).

[24] Zobacz wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Apothekerkammer des Saarlandes i in. (C-171/07 i C-172/07, EU:C:2009:316, pkt 18); a także z dnia 21 czerwca 2012 r., Susisalo i in. (C-84/11, EU:C:2012:374, pkt 26, 27).

[25] Zobacz wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Apothekerkammer des Saarlandes i in. (C-171/07 i C-172/07, EU:C:2009:316, pkt 25); a także z dnia 1 czerwca 2010 r., Blanco Pérez i Chao Gómez (C-570/07 i C-571/07, EU:C:2010:300, pkt 61).

zatem zakres kompetencji Unii w stosunku do kompetencji państw członkowskich [26]. W zakresie, w jakim te dwa pojęcia wzajemnie się wykluczają, wyznaczenie granic pojęcia „działalności gospodarczej" pozwoli logicznie wyjaśnić, co należy rozumieć przez „działalność niemającą charakteru gospodarczego". Na podstawie tego rozróżnienia będzie można określić, w jaki sposób należy zakwalifikować „usługi farmaceutyczne".

65. Takie podejście uwzględniałoby fakt, że dyrektywa 2014/23 wdraża przepisy dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług – o czym świadczy wybór podstaw prawnych art. 53 ust. 1, art. 61 i 114 TFUE, na których przyjęto tę dyrektywę – których zakres stosowania jest ograniczony do „działalności gospodarczej" [27]. Wykładnię tę potwierdza zresztą art. 1 ust. 4 wspomnianej dyrektywy, który wyraźnie przewiduje wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy wszelkich zobowiązań umownych, które nie są wynagradzane.

66. W tym względzie należy na wstępie przypomnieć, że Trybunał orzekł, iż *świadczenie usług wykonywane zwykle za wynagrodzeniem* stanowi „działalność gospodarczą", przez co rozumie się, że zasadniczą cechą wynagrodzenia jest to, że stanowi ono *gospodarcze świadczenie wzajemne* za daną usługę, przy czym nie musi ono być płacone przez korzystającego z tej usługi [28]. Z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywane usługi farmaceutyczne mają zasadniczo na celu wydawanie produktów leczniczych stosowanych u ludzi i zwierząt, na receptę lub bez recepty, wraz z udzielaniem porad w zakresie ich prawidłowego i bezpiecznego stosowania. Owe usługi farmaceutyczne są finansowane albo ze środków publicznych w przypadku produktów leczniczych wydawanych na receptę i objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym, albo bezpośrednio przez konsumenta w przypadku produktów leczniczych nieobjętych tym ubezpieczeniem.

67. Trybunał wyraźnie uznał w swoim orzecznictwie, że działalność farmaceutyczna *przynosi zyski podmiotom prowadzącym apteki*, nawet jeśli biorąc pod uwagę znaczenie celu zdrowia publicznego, jest ona ogólnie prowadzona nie tylko w interesie gospodarczym, lecz również w publicznym interesie społecznym i zawodowym [29]. Orzecznictwo to jest również zgodne ze stwierdzeniem Trybunału, iż nabycie apteki w zakresie, w jakim *umożliwia wykonywanie „działalności gospodarczej"* poprzez stabilne rozwiązanie organizacyjne przez czas nieokreślony, objęte jest zakresem stosowania art. 49 TFUE [30].

68. W podobnej dziedzinie Trybunał wyjaśnił, że specjalistyczne usługi medyczne świadczone przez niezależnych lekarzy specjalistów działających w charakterze niezależnych podmiotów gospodarczych na własne ryzyko i za wynagrodzeniem należy uznać za „działalność gospodarczą" [31]. Odniesienie do pojęcia „przyjmowania ryzyka", które charakteryzuje właśnie prawo Unii w dziedzinie koncesji [32], nie jest w tym kontekście bez znaczenia, ponieważ świadczy ono o tym, że udzielenie koncesji w sektorze zdrowia publicznego nie jest wykluczone.

[26] V. Hatzopoulos, *Regulating Services in the European Union*, Oxford Unieversity Press 2012, s. 46, który wyjaśnia, że art. 2 protokołu nr 26 określa zakres prawa Unii.

[27] Zobacz wyrok z dnia 14 lipca 2022 r., ASADE (C-436/20, EU:C:2022:559, pkt 59).

[28] Zobacz wyrok z dnia 14 lipca 2022 r., ASADE (C-436/20, EU:C:2022:559, pkt 60).

[29] Zobacz wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Apothekerkammer des Saarlandes i in. (C-171/07, C-172/07, EU:C:2009:316, pkt 37). Dokładniej rzecz ujmując, Trybunał orzekł, że „co się tyczy prowadzącego aptekę, który jest farmaceutą, nie można zaprzeczyć, że *podobnie jak inne podmioty, dąży on do celu w postaci osiągania zysków*"(moje wyróżnienie).

[30] Zobacz wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Apothekerkammer des Saarlandes i in. (C-171/07 i C-172/07, EU:C:2009:316, pkt 23, 24); a także z dnia 19 grudnia 2019 r., Comune di Bernareggio (C-465/18, EU:C:2019:1125, pkt 27).

[31] Zobacz wyrok z dnia 12 września 2000 r., Pavlov i in. (od C-180/98 do C-184/98, EU:C:2000:428, pkt 76, 77).

[32] Zobacz pkt 40 niniejszej opinii.

69. Chociaż przytoczone powyżej orzecznictwo dostarcza z pewnością cennych wskazówek w odniesieniu do niektórych kwestii podniesionych przez zainteresowane strony w niniejszej sprawie, uważam jednak, że konieczna jest dalsza analiza na poparcie „gospodarczego" charakteru działalności farmaceuty. Analiza ta skupi się na powodach, które moim zdaniem skłoniły Trybunał do dokonania takiej kwalifikacji.

70. Po pierwsze, należy wziąć pod uwagę, że Trybunał podkreślił w swoim orzecznictwie, iż pojęcia „działalności gospodarczej" i „świadczenia usług" *nie mogą być interpretowane zawężająco*, ponieważ definiują one zakres stosowania jednej ze swobód podstawowych gwarantowanych przez traktat [33]. W tym świetle wydaje mi się, że z prawnego punktu widzenia spójne jest stwierdzenie, że działalność ściśle związana ze zdrowiem publicznym, taka jak działalność farmaceuty, wchodzi w zakres stosowania omawianych podstawowych swobód, a mianowicie swobody przedsiębiorczości, i w konsekwencji ma charakter „gospodarczy".

71. Po drugie, okoliczność, że Trybunał oparł się na elemencie wynagrodzenia w celu dokonania oceny gospodarczego charakteru danej działalności, niezależnie od tego, kto zapłacił to wynagrodzenie, pozwala na objęcie pojęciem „działalności gospodarczej" usług opłacanych przez użytkownika, ale *również przez państwo członkowskie*. Oznacza to, że aspekty związane z finansowaniem krajowego systemu opieki zdrowotnej mogą odgrywać pewną rolę i w związku z tym powinny zostać uwzględnione w analizie.

72. W niniejszej sprawie do Trybunału zwrócono się o zbadanie, czy dana działalność przestaje mieć charakter „gospodarczy" ze względu na to, że jest ona również finansowana z zasobów państwowych. Argumentacja rządu słoweńskiego sprowadza się zasadniczo do zanegowania „gospodarczego" charakteru systemu zarządzania aptekami w Słowenii, powołując się na zasadę solidarności, która leży u podstaw tego systemu. Zgodnie z tym rozumowaniem społeczny cel systemu, realizacja zasady solidarności, brak celu zarobkowego oraz kontrola państwowa tej działalności wyraźnie odróżniają prowadzenie apteki od „działalności gospodarczej".

73. Nie uważam, aby ta argumentacja była przekonującą z powodów, które przedstawię w dalszej części niniejszej opinii. Podobnie jak rząd czeski uważam, że okoliczność, iż działalność farmaceutyczna w Słowenii jest wykonywana w ramach publicznego systemu opieki zdrowotnej, nie ma znaczenia dla określenia charakteru rozpatrywanych usług. Świadczenie usług farmaceutycznych w aptekach, takich jak opisane w postanowieniu odsyłającym, *nie wiąże się z wykonywaniem władzy publicznej* w rozumieniu art. 51 TFUE w związku z art. 62 TFUE, ponieważ rozpatrywana działalność nie jest bezpośrednio i szczególnie związana z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej [34]. Nie istnieje zatem żaden obiektywny powód, aby wykluczyć tę usługę z kwalifikacji jako „działalności gospodarczej" z tego tylko powodu, że jest ona *ściśle związana z polityką rządu*, w tym przypadku polityką ochrony zdrowia.

74. Co więcej, nie wydaje mi się, aby transfer środków publicznych w celu finansowania produktów leczniczych objętych ubezpieczeniem zdrowotnym miał wpływ na „gospodarczy" charakter usług świadczonych przez apteki. Usługa zachowuje swój odpłatny charakter, nawet jeśli jej świadczenie jest finansowane ze środków publicznych. W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał uznał już, iż zapłata dokonywana przez kasy chorych stanowi

[33] Wyrok z dnia 11 kwietnia 2000 r., Deliège (C-51/96 i C-191/97, EU:C:2000:199, pkt 52).

[34] Zobacz wyrok z dnia 6 września 2011 r., Scattolon (C-108/10, EU:C:2011:542, pkt 43, 44).

ekonomiczne świadczenie wzajemne za świadczenia szpitalne i ma cechy wynagrodzenia na rzecz zakładu szpitalnego, który z niego korzysta i jest zaangażowany w działalność o charakterze „gospodarczym” [35].

75. Argument podniesiony przez rząd słoweński, zgodnie z którym działalność zarobkowa apteki jest jedynie pomocnicza względem głównej działalności polegającej na świadczeniu usług publicznych o charakterze niegospodarczym, której podstawowym celem nie jest osiąganie zysków, nie wydaje mi się wystarczający, aby zaprzeczyć, że działalność ta ma charakter „gospodarczy”. Jak stwierdził Trybunał w swoim orzecznictwie, „gospodarczy” charakter działalności jest *niezależny od jakiegokolwiek celu zarobkowego* [36]. W szczególności Trybunał uznał, że okoliczność, iż działalność jest wykonywana przez podmiot niemający celu zarobkowego, nie wyklucza, że może on prowadzić „działalność gospodarczą” [37]. Jest tak tym bardziej, że podmioty prywatne prowadzące apteki mają cel zarobkowy, jak przyznał rząd słoweński na rozprawie, nawet jeśli cel ten jest podporządkowany innym celom, w szczególności związanym z ochroną zdrowia publicznego.

76. Trybunał nie wahał się na przykład – w świetle *szerokiej koncepcji pojęcia „działalności gospodarczej” w kontekście swobód podstawowych* – zakwalifikować bowiem jako usług w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE [38] umów dotyczących transportu sanitarnego, mimo że instytucja zamawiająca zawierała je ze stowarzyszeniami wolontariackimi oraz że umowy te opierały się na zasadzie solidarności [39]. Kierując się tą samą logiką Trybunał orzekł że, okoliczność, iż działalność jest wykonywana w celach niezarobkowych przez partnera prywatnego, takiego jak instytucja solidarności społecznej, nie stoi na przeszkodzie zakwalifikowaniu jej jako „działalności gospodarczej” [40].

77. Ponadto, jak już wskazałem w moim omówieniu mających zastosowanie ram prawnych, okoliczność, że prawodawca Unii zdecydował, iż usługi farmaceutyczne powinny być wyraźnie wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2006/123, świadczy moim zdaniem o tym, że nie uznał ich za „usługi o charakterze niegospodarczym”. Po prostu nie zamierzał on objąć tego rodzaju usług szczególnymi przepisami tej dyrektywy [41].

78. Wreszcie pragnę zauważyć, że wszystkie publiczne systemy opieki zdrowotnej państw członkowskich charakteryzują się tym, że opierają się one na zasadach dostępności opieki zdrowotnej, powszechności oraz, w większym lub mniejszym stopniu, na zasadzie solidarności. Z tego powodu zasady te, tak jak zasadę sprawiedliwości, uznaje się za wartości i zasady wspólne dla systemów opieki zdrowotnej Unii [42]. Fakt ten znajduje odzwierciedlenie w szczególności w ich

35 Wyrok z dnia 12 lipca 2001 r., Smits i Peerbooms C-157/99, EU:C:2001:404, pkt 58).

36 Zobacz wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r., Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, pkt 33); z dnia 23 lutego 2016 r., Komisja/Węgry (C-179/14, EU:C:2016:108, pkt 154).

37 Zobacz wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 45); z dnia 19 czerwca 2014 r., Centro Hospitalar de Setúbal i SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004, pkt 33); a także opinia rzeczniczki generalnej L. Mediny w sprawie ASADE (C-436/20, EU:C:2022:77, pkt 54).

38 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. 2004, L 134, s. 114).

39 Wyroki: z dnia 29 listopada 2007 r., Komisja/Włochy (C-119/06, niepublikowany, EU:C:2007:729, pkt 36–41); z dnia 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 32–43); z dnia 28 stycznia 2016 r., CASTA i in. (C-50/14, EU:C:2016:56, pkt 33–41).

40 Zobacz wyrok z dnia 19 czerwca 2014 r., Centro Hospitalar de Setúbal i SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004, pkt 33).

41 Zobacz pkt 56 niniejszej opinii.

42 Zobacz Konkluzje Rady w sprawie wspólnych wartości i zasad systemów opieki zdrowotnej Unii Europejskiej (2006/C 146/01) (Dz.U. 2006, C 146, s. 1).

finansowaniu. Wydaje mi się zatem, że rozpatrywany w niniejszej sprawie system opieki zdrowotnej, opisany przez rząd słoweński [43], nie wykazuje szczególnych cech, które uzasadniałyby odmienną ocenę.

79. Wniosku tego nie podważa moim zdaniem decyzja Komisji C(2024) 3755 z dnia 10 czerwca 2024 r. w sprawie SA.45844 [44], w której stwierdzono, na podstawie zasady solidarności, że system świadczenia usług zdrowotnych w Słowenii nie wiąże się z pomocą państwa w rozumieniu art. 107 TFUE. W tym względzie należy zauważyć, po pierwsze, że *decyzja ta nie dotyczy prowadzenia aptek w Słowenii*, jak wyjaśniła Komisja na rozprawie w odpowiedzi na pytanie Trybunału. Po drugie, chociaż przepisy dotyczące koncesji w prawie Unii zostały pierwotnie sformułowane w kontekście swobód podstawowych [45], to jest sytuacji prawnej, która zresztą trwała aż do kodyfikacji tych przepisów w dyrektywie 2014/23 [46], i mimo że swobody te w pewnym stopniu wkraczają w obszary innych dziedzin prawa (mianowicie prawa konkurencji czy też pomocy państwa) [47], to jednak pojęcia „usług świadczonych w interesie ogólnym" i „działalności gospodarczej" różnią się w zależności od tego, czy są one używane w kontekście swobód podstawowych, czy też zostały wypracowane w tych innych dziedzinach prawa [48].

80. Przepisy prawa konkurencji i pomocy państwa, mimo że zmierzają również do osiągnięcia wspólnego celu w postaci realizacji rynku wewnętrznego, charakteryzują się tym, że mają szczególne cele regulacyjne, jak również zasady stosowania właściwe dla tych dziedzin prawa, co wyraźnie odróżnia je od swobód podstawowych. Tak więc pojęcie „działalności gospodarczej" jest ściśle związane z pojęciem „przedsiębiorstwa" w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, które – jeżeli spełnione są dodatkowe kryteria – powoduje zastosowanie tych przepisów, podczas gdy brak „przedsiębiorstwa" w rozumieniu prawa konkurencji niekoniecznie wyklucza stosowanie postanowień dotyczących swobód podstawowych [49].

81. Wynika z tego, że ewentualne rozważania dotyczące dziedziny prawa pomocy państwa nie mogą zostać w pełni przeniesione na grunt prawa koncesji. W każdym razie należy stwierdzić, że ich zastosowanie w rozpatrywanym przypadku nie jest przedmiotem niniejszej sprawy. Jak wskazano w poprzednich punktach, zgodnie z orzecznictwem dotyczącym swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług *odpłatne świadczenie usług* należy uznać za „działalność gospodarczą". To właśnie to kryterium powinno moim zdaniem być stosowane przez Trybunał w niniejszej sprawie w celu rozróżnienia „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym" [50].

[43] Prowadzenie działalności farmaceutycznej w Słowenii jest w dużej mierze finansowane ze środków publicznych, a częściowo ze środków prywatnych.

[44] Dz.U. C, C/2024/4421.

[45] Zobacz wyroki: z dnia 21 lipca 2005 r., Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, pkt 15 i nast.); z dnia 13 października 2005 r., Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, pkt 46 i nast.); z dnia 13 września 2007 r., Komisja/Włochy (C-260/04, EU:C:2007:508, pkt 22 i nast.); a także z dnia 10 marca 2011 r., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, pkt 49).

[46] Zobacz wyroki: z dnia 8 maja 2019 r., Rhenus Veniro (C-253/18, EU:C:2019:386, pkt 27); z dnia 16 marca 2023 r., OL (Przedłużenie włoskich koncesji) (C-517/20, EU:C:2023:219, pkt 27).

[47] A. Sánchez-Graells, State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries, w: J. Piernas López, L. Hancher (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, 2021, s. 329 i nast.; Ø. Grith Skovgaard, The Notice of the Notion of State Aid and Public Procurement Law, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 15, nº 4, 2016, s. 508 i nast.

[48] Zobacz opinie: rzeczniczko generalnej L. Mediny w sprawie ASADE (C-436/20, EU:C:2022:77, pkt 52); rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie FENIN/Komisja (C-205/03 P, EU:C:2005:666, pkt 51).

[49] Zobacz wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r., Mitteldeutsche Flughafen i Flughafen Leipzig-Halle/Komisja (C-288/11 P, EU:C:2012:821, pkt 50); z dnia 22 października 2015 r., EasyPay i Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, pkt 37); a także Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (2016/C 262/01) (Dz.U. 2016, C 262, s. 3, pkt 6).

[50] Zobacz również Komisja Europejska, Podręcznik dotyczący wdrażania dyrektywy usługowej, Luksemburg 2022, s. 7, pkt 1.1.2.1 („Usługi o charakterze nieekonomicznym świadczone w interesie ogólnym").

82. Z powodów przedstawionych w poprzednich punktach niniejszej opinii uważam, że prowadzenie działalności farmaceutycznej, która dotyczy zasadniczo wydawania użytkownikom produktów leczniczych stosowanych u ludzi, wymagających lub niewymagających recepty, wraz z udzielaniem im porad w zakresie prawidłowego i bezpiecznego stosowania tych produktów leczniczych, należy uznać za „działalność gospodarczą" i w związku z tym nie można jej uznać za usługę o charakterze niegospodarczym świadczoną w interesie ogólnym w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/23. W konsekwencji proponuję, aby na pierwsze pytanie prejudycjalne udzielić odpowiedzi przeczącej.

83. Wniosek ten, do którego doszedłem na podstawie pojęcia „działalności gospodarczej", zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez Trybunał, wydaje mi się również prawidłowy pod względem merytorycznym. Należy bowiem pamiętać, że „usługi świadczone w interesie ogólnym" uległy znacznej ewolucji w ostatnich dziesięcioleciach, zarówno z politycznego, jak i społecznego punktu widzenia. Usługi uznawane wcześniej za „niegospodarcze" w *coraz większym stopniu podlegają przepisom rynku wewnętrznego*. *Są one również regulowane na poziomie Unii*. Podobnie coraz większa liczba usług świadczonych w interesie ogólnym jest wykonywana przez podmioty gospodarcze. Sektor ochrony zdrowia z pewnością nie jest wyjątkiem [51]. Pojęcie „usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym" podlega zatem ocenom ówczesnym, w związku z czym obecnie tylko niektóre dziedziny mogą zostać zdefiniowane w sposób jednoznaczny jako „niegospodarcze" w rozumieniu orzecznictwa Trybunału, takie jak wymiar sprawiedliwości, policja, bezpieczeństwo narodowe, zarządzanie systemem sygnalizacji, niektóre usługi edukacyjne [52] itp. Dziedziny te wchodzą w zakres prerogatyw władzy publicznej państwa i są finansowane z podatków. Jednakże w niniejszej sprawie wyraźnie nie mamy do czynienia z taką sytuacją.

2. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

84. Biorąc pod uwagę odpowiedź, jakiej proponuję udzielić na pierwsze pytanie prejudycjalne, należy również odnieść się do drugiego pytania prejudycjalnego, w którym organ odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy prowadzenie działalności farmaceutycznej należy do „usług społecznych i innych szczególnych usług" w rozumieniu art. 19 dyrektywy 2014/23.

85. W tym względzie pragnę zauważyć, że udzielanie koncesji na świadczenie „usług społecznych i innych szczególnych usług", których wykaz znajduje się w załączniku IV do dyrektywy 2014/23, podlega zasadom szczególnym przewidzianym w art. 19 tej dyrektywy, a mianowicie procedurze uproszczonej. W związku z tym są one zwolnione z pełnego stosowania rzeczonej dyrektywy. Ta uproszczona procedura udzielania zamówień charakteryzuje się tym, że zgodnie z przywołanym powyżej przepisem instytucje lub podmioty zamawiające są zobowiązani jedynie do poinformowania o zamierzonym udzieleniu koncesji za pośrednictwem wstępnego ogłoszenia informacyjnego zgodnie z art. 31 ust. 3 owej dyrektywy oraz ogłoszenia o udzieleniu koncesji dotyczącego wyników postępowania o udzielenie koncesji, zgodnie z art. 32 dyrektywy 2014/23.

86. Ta uproszczona procedura udzielania zamówień wynika z faktu, że przedmiotowe usługi mają jedynie ograniczony wymiar transgraniczny. Jak wynika z motywu 53 dyrektywy 2014/23, usługi społeczne, zdrowotne i edukacyjne są świadczone w określonym kontekście, mocno zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego z uwagi na różne tradycje kulturowe.

[51] V. Hatzopoulos, *Regulating Services in the European Union*, Oxford University Press, 2012, s. 38 i nast.

[52] Zobacz wyrok z dnia 7 grudnia 1993 r., Wirth (C-109/92, EU:C:1993:916).

Wymogi formalne są zatem mniej rygorystyczne, choć należy podkreślić, że zgodnie z art. 3 tej dyrektywy zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości muszą być przestrzegane we wszystkich przypadkach.

87. Ponadto należy zauważyć, że wśród kategorii „usług zdrowotnych, społecznych i powiązanych", o których mowa w załączniku IV do wspomnianej dyrektywy, znajdują się kody „od 85000000-9 do 85323000-9" Wspólnego Słownika Zamówień (zwanego dalej „CPV")[53]. CPV ustanawia jednolity system klasyfikacji zamówień publicznych, którego celem jest standaryzacja pozycji stosowanych przez instytucje i podmioty zamawiające przy opisywaniu przedmiotów zamówień publicznych. Jak przypomniał Trybunał, powołując się na art. 27 dyrektywy 2014/23 i art. 1 rozporządzenia nr 2195/2002, instytucja zamawiająca jest zobowiązana do stosowania CPV w postępowaniach o udzielenie koncesji[54]. Ponieważ „usługi farmaceutyczne" odpowiadają kodowi CPV 85149000-5, usługi te należy uznać za należące do „szczególnych usług" w rozumieniu art. 19 tej dyrektywy. Stwierdzenie to zasadniczo wystarcza do udzielenia odpowiedzi twierdzącej na drugie pytanie prejudycjalne. Ponadto okoliczność, że usługi farmaceutyczne są wymienione w załączniku IV do wspomnianej dyrektywy, potwierdza ponownie, że prawodawca Unii uznaje je za „działalność gospodarczą".

88. Tytułem uzupełnienia warto zauważyć, że zakwalifikowanie omawianej usługi jako „usługi szczególnej" skutkowałoby tym, że do działalności farmaceutycznej wykonywanej w oddziale aptek miałyby zastosowanie jedynie obowiązki wynikające z art. 31 ust. 3 oraz art. 32, 46 i 47 dyrektywy 2014/23. W związku z tym, gdyby organ odsyłający miał w ramach swojej kompetencji w zakresie oceny okoliczności faktycznych i stosowania prawa Unii potwierdzić, że miało miejsce udzielenie „koncesji" w niniejszej sprawie, prawdopodobnie musiałby ustalić, czy wymogi prawne wynikające z wyżej wymienionych przepisów zostały spełnione. Powinien on zatem zbadać, czy prowadzenie oddziału apteki było przedmiotem wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 31 ust. 3 tej dyrektywy oraz ogłoszenia o udzieleniu koncesji, o którym mowa w art. 32 ust. 1 wspomnianej dyrektywy.

89. Ponadto, podobnie jak dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, dyrektywa 2014/23 określa próg, powyżej którego ma ona zastosowanie[55]. Zgodnie z art. 8 ust. 1 tej dyrektywy w brzmieniu obowiązującym w czasie wystąpienia okoliczności faktycznych ma ona zastosowanie do koncesji, których wartość jest równa lub wyższa niż 5 186 000 EUR. Postanowienie odsyłające nie zawiera zaś żadnej informacji na temat wartości koncesji. W związku z tym, ponieważ wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym opiera się na założeniu, że spór w postępowaniu głównym dotyczy udzielenia „koncesji", do organu odsyłającego należy zbadanie, czy wartość tej koncesji przekracza właściwy próg w celu ustalenia, czy wspomniana dyrektywa ma zastosowanie w niniejszej sprawie[56]. W braku bardziej szczegółowych informacji *okres ważności koncesji* mógłby ewentualnie stanowić pośrednią wskazówkę w tym zakresie. Jak wynika bowiem z art. 8 ust. 2 tej dyrektywy, „[w]artość koncesji to całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony *podczas okresu obowiązywania umowy*" (moje wyróżnienie), co przemawia za zastosowaniem tego kryterium. W tym względzie bezsporne jest, że zezwolenie na prowadzenie oddziału apteki zostało wydane *na czas nieokreślony*. W tych okolicznościach nie można wykluczyć, że odpowiedni próg został przekroczony.

[53] Przyjętego na podstawie rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.U. 2002, L 340, s. 1).

[54] Zobacz wyrok z dnia 10 listopada 2022 r., SHARENGO (C-486/21, EU:C:2022:868, pkt 94 i nast.).

[55] A. Sánchez-Graells, The Concessions Directive 2014/23/EU, Title I Subject-matter, scope, principles and definitions, Artykuł 8, 8.1 Value threshold and cross-border interest, w: M. Steinicke, P. Vesterdorf (dir.), *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, wydanie pierwsze, Nomos, Monachium, 2018, s. 1130.

[56] Zobacz wyrok z dnia 1 sierpnia 2022 r., Roma Multiservizi i Rekeep (C-332/20, EU:C:2022:610, pkt 80).

90. W świetle tych rozważań uważam, że usługę związaną z prowadzeniem działalności farmaceutycznej, która dotyczy zasadniczo wydawania użytkownikom produktów leczniczych stosowanych u ludzi, wymagających lub niewymagających recepty, wraz z udzielaniem użytkownikom porad w zakresie prawidłowego i bezpiecznego stosowania tych produktów leczniczych można uznać za wchodzącą w zakres „usług społecznych i innych szczególnych usług" w rozumieniu art. 19 dyrektywy 2014/23.

VI. Wnioski

91. W świetle całości powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajową komisję ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych, Słowenia) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

1) Artykuł 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji

   należy interpretować w ten sposób, że:

   usługi związane z prowadzeniem działalności farmaceutycznej, które dotyczą zasadniczo wydawania użytkownikom produktów leczniczych stosowanych u ludzi, wymagających lub niewymagających recepty, wraz z udzielaniem użytkownikom porad w zakresie prawidłowego i bezpiecznego stosowania tych produktów leczniczych, nie można uznać za „usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym".

2) Artykuł 19 dyrektywy 2014/23, zatytułowany „Usługi społeczne i inne szczególne usługi",

   należy interpretować w ten sposób, że:

   obejmuje on usługi związane z prowadzeniem działalności farmaceutycznej, które dotyczą zasadniczo wydawania użytkownikom produktów leczniczych stosowanych u ludzi, wymagających lub niewymagających recepty, wraz z udzielaniem użytkownikom porad w zakresie prawidłowego i bezpiecznego stosowania tych produktów leczniczych.