OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO VERICY TRSTENJAK przedstawiona w dniu 11 lutego 2010 r.[1]

Spis treści

I — Wprowadzenie ..... I - 3719

II — Ramy Prawne ..... I - 3719

A — Dyrektywa 92/50 ..... I - 3719

B — Dyrektywa 2004/18 ..... I - 3720

III — Okoliczności faktyczne ..... I - 3721

IV — Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi ..... I - 3722

V — Postępowanie przed Trybunałem oraz żądania stron ..... I - 3722

VI — Istotne argumenty stron ..... I - 3723

VII — Ocena prawna ..... I - 3725

A — Dopuszczalność ..... I - 3725

1. Usługi ratunkowe jako usługi mieszane w systemie dyrektyw o zamówieniach publicznych ..... I - 3726

2. Przekształcenie żądań skargi ..... I - 3727

3. Wnioski ..... I - 3730

B — Zasadność skargi ..... I - 3730

1. Niestosowanie wyłączenia sektorowego zgodnie z art. 45 ust. 1 WE ..... I - 3730

2. Brak uzasadnienia zgodnie z art. 86 ust. 2 WE ..... I - 3736

1 — Język oryginału: niemiecki.

3. Analiza dziewięciu kwestionowanych postępowań w sprawie udzielenia zamówienia ..... I - 3739

a) Udzielenie zamówienia przez miasto Magdeburg (Saksonia-Anhalt) ... I - 3739

i) Naruszenie art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18 ..... I - 3739

ii) Brak naruszenia zakazu dyskryminacji oraz wymogu przejrzystości, wynikających z prawa pierwotnego ..... I - 3740

— Badanie zasadności w kontekście założenia, że zarzut skargi dotyczący naruszenia prawa pierwotnego jest częściowo niedopuszczalny ..... I - 3740

— Pomocniczo: badanie zasadności w przypadku, gdy zarzut skargi dotyczący naruszenia prawa pierwotnego należałoby uznać w całości za dopuszczalny ..... I - 3741

Zasada pierwszeństwa stosowania prawa wtórnego ..... I - 3742

Dowód występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym dotyczącego udzielenia zamówień na usługi drugorzędne..... I - 3747

iii) Wnioski ..... I - 3749

b) Przypadki udzielania zamówień przez miasta Bonn (Północna Nadrenia-Westfalia) i Witten (Północna Nadrenia-Westfalia), region Hannover (Dolna Saksonia) i okręg Hameln-Pyrmont (Dolna Saksonia) ..... I - 3749

c) Udzielenie zamówienia przez okręg Uelzen (Dolna Saksonia) ..... I - 3750

d) Przypadki udzielenia zamówienia przez związki ds. pogotowia ratunkowego Westsachsen (Saksonia), Chemnitz/Stollberg (Saksonia) i Vogtland (Saksonia) ..... I - 3752

e) Wnioski ..... I - 3754

4. Niezgodna z prawem praktyka udzielania zamówień w Republice Federalnej Niemiec ..... I - 3754

VIII — Koszty ..... I - 3757

IX — Wnioski ..... I - 3757

I — Wprowadzenie

1. U podstaw niniejszej sprawy leży skarga Komisji o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, na podstawie art. 226 WE, w której wnosi ona do Trybunału o stwierdzenie, że Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [2] oraz dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [3], a także zasad swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (art. 43 WE i art. 49 WE), ze względu na to, że zamówienia w dziedzinie publicznych usług ratunkowych w krajach związkowych Saksonia-Anhalt, Północna Nadrenia-Westfalia, Dolna Saksonia i Saksonia nie były przedmiotem zaproszenia do składania ofert lub nie były udzielane w sposób przejrzysty, oraz że nie były publikowane ogłoszenia o udzielonych zamówieniach.

2 — Dz.U. L 209, s. 1.
3 — Dz.U. L 134, s. 114.

II — Ramy Prawne

A — *Dyrektywa 92/50*

2. Zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.

3. Artykuł 10 dyrektywy 92/50 przewiduje:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku I A, jak i w załączniku I B, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI w przypadku gdy wartość usług wymienionych w załączniku I A jest większa niż wartość usług wymienionych w załączniku I B. W przypadku,gdy tak nie jest, są one udzielane zgodnie z art. 14 i 16”.

4. Artykuł 16 dyrektywy 92/50 brzmi:

„1. Instytucje zamawiające, które udzieliły zamówienia publicznego lub przeprowadziły

konkurs na projekt, przesyłają ogłoszenie o wynikach przeprowadzonego postępowania do Urzędu ds. Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich.

II B, zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku II A, jak i załączniku II B, udziela się w sposób zgodny z przepisami art. 23–55. W pozostałych przypadkach zamówień udziela się zgodnie z art. 23 i art. 35 ust. 4".

2. Ogłoszenia podlegają publikacji:

7. Artykuł 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18 brzmi:

[…]".

„Instytucje zamawiające, które udzieliły zamówienia lub zawarły umowę ramową, przesyłają ogłoszenie o wynikach procedury udzielania zamówienia nie później niż czterdzieści osiem dni po udzieleniu takiego zamówienia lub zawarciu umowy ramowej.

B — *Dyrektywa 2004/18*

5. Zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.

[…]

6. Artykuł 22 dyrektywy 2004/18 przewiduje:

W przypadku zamówień publicznych na usługi, wymienione w załączniku II B, instytucje zamawiające zaznaczają w ogłoszeniu, czy wyrażają swoją zgodę na jego publikację. W odniesieniu do takich zamówień na usługi Komisja określa zasady sporządzania sprawozdań statystycznych na podstawie tych ogłoszeń, a także zasady publikacji tych sprawozdań zgodnie z procedurą określoną w art. 77 ust. 2.

„W przypadku gdy wartość usług uwzględnionych w załączniku II A jest większa niż wartość usług uwzględnionych w załączniku

[…]".

samochodami przeznaczonymi do transportu chorych, pod fachową opieką.

III — Okoliczności faktyczne

8. W Republice Federalnej Niemiec prawo dotyczące usług ratunkowych należy do kompetencji ustawodawczych krajów związkowych, które w różny sposób skorzystały z przysługującego im zakresu uznania w dziedzinie tworzenia prawa.

9. W większości niemieckich krajów związkowych usługi ratunkowe świadczone są w systemie dualnym, który rozróżnia publiczne usługi ratunkowe i świadczenie usług ratunkowych na podstawie koncesji, zgodnie z krajowymi ustawami dotyczącymi usług ratunkowych.

10. Publiczne usługi ratunkowe obejmują zarówno usługi transportowe w zakresie ratownictwa, jak i w zakresie specjalistycznego transportu chorych. Usługi transportowe w zakresie ratownictwa dotyczą przewozu rannych lub chorych w stanie zagrożenia życia pod fachową opieką, karetką pogotowia. Specjalistyczny transport chorych polega na przewozie osób chorych, rannych albo potrzebujących innej pomocy, którzy nie znajdują się w stanie zagrożenia życia,

11. Wiele krajów związkowych zdecydowało się na pozostawienie wyboru usługodawcy w zakresie publicznych usług ratunkowych poszczególnym miastom, okręgom, związkom ds. pogotowia ratunkowego itp. W tym celu te jednostki terytorialne z reguły zawierają z poszczególnymi usługodawcami umowy o zapewnianie usług ratunkowych na całym przewidzianym obszarze. Jeśli wynagrodzenie za usługi pochodzi bezpośrednio od jednostek terytorialnych, taki model umowy nazywany jest „modelem przetargowym". Jeśli natomiast wynagrodzenie następuje poprzez pobieranie zapłaty przez zleceniobiorcę bezpośrednio od pacjentów lub od kas chorych, realizowany jest tak zwany „model koncesyjny".

12. W swojej skardze Komisja podważa udzielenie zamówień publicznych w dziedzinie publicznych usług ratunkowych w krajach związkowych Dolna Saksonia, Północna Nadrenia-Westfalia, Saksonia i Saksonia-Anhalt, w których konsekwentnie stosowany jest model przetargowy. Komisja zarzuca w szczególności, że w tych krajach związkowych zamówienia w dziedzinie publicznych usług ratunkowych, podlegające dyrektywom o zamówieniach publicznych, co do zasady nie były przedmiotem zaproszenia do składania ofert, i nie były udzielane w sposób przejrzysty.

IV — Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

13. Po wpłynięciu do Komisji wielu skarg, poinformowała ona Republikę Federalną Niemiec pismem z dnia 10 kwietnia 2006 r., że mogło dojść do naruszenia dyrektyw o zamówieniach publicznych oraz prawa pierwotnego przy udzielaniu odpłatnych zamówień w dziedzinie publicznych usług ratunkowych w krajach związkowych Północna Nadrenia-Westfalia, Dolna Saksonia, Saksonia i Saksonia-Anhalt. Jednocześnie Komisja poinformowała Republikę Federalną Niemiec, że przy udzielaniu koncesji w dziedzinie publicznych usług ratunkowych mogła ona naruszyć zasady swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług. W związku z tym rząd Republiki Federalnej Niemiec był obowiązany, zgodnie z art. 226 WE, do przedstawienia uwag w przedmiocie stanowiska Komisji w przeciągu dwóch miesięcy.

14. W swoim piśmie z dnia 10 lipca 2006 r. Republika Federalna Niemiec zakwestionowała zarzucane naruszenia prawa wspólnotowego. Ponadto podniosła, iż w Saksonii w 2005 r. nastąpiła nowelizacja ustawy w taki sposób, że także w tym kraju związkowym najpóźniej od 1 stycznia 2009 r. zamówienia na usługi ratunkowe będą udzielane w drodze przetargu z uwzględnieniem zasad konkurencji wolnej od dyskryminacji.

15. Pismem z dnia 15 grudnia 2006 r. Komisja przekazała Republice Federalnej Niemiec uzasadnioną opinię. Stwierdziła w niej, że Republika Federalna Niemiec uchybiła lub nadal uchybia zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy dyrektywy 92/50 oraz dyrektywy 2004/18, a także zasad swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Komisja wezwała Republikę Federalną Niemiec do podjęcia niezbędnych kroków w celu dostosowania się do uzasadnionej opinii w terminie dwóch miesięcy od jej otrzymania.

16. W swoim piśmie z dnia 22 lutego 2007 r. Republika Federalna Niemiec ponownie odrzuciła pogląd prawny Komisji. Jej zdaniem, w żadnym z wymienionych przez Komisję przypadków nie zachodziło naruszenie prawa wspólnotowego.

V — Postępowanie przed Trybunałem oraz żądania stron

17. Biorąc pod uwagę, że Republika Federalna Niemiec nie zastosowała się do uzasadnionej opinii, Komisja w dniu 15 kwietnia 2008 r. wniosła skargę zgodnie z art. 226 WE.

18. Komisja wnosi do Trybunału o:

— stwierdzenie, że nie publikując ogłoszenia o udzielanych zamówieniach i udzielając zamówień w zakresie publicznych usług ratunkowych bez zaproszenia do składania ofert lub w sposób nieprzejrzysty, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy dyrektyw 92/50/EWG i 2004/18/WE, oraz zasadom swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług (art. 43 i 49 WE).

— obciążenie Republiki Federalnej Niemiec kosztami postępowania.

19. Republika Federalna Niemiec wnosi do Trybunału o oddalenie skargi i obciążenie Komisji kosztami postępowania.

20. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 16 grudnia 2008 r. Królestwo Niderlandów zostało dopuszczone do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Republiki Federalnej Niemiec. Królestwo Niderlandów popierając żądania Republiki Federalnej Niemiec wnosi o oddalenie skargi Komisji.

VI — Istotne argumenty stron

21. Zdaniem Komisji w niektórych niemieckich krajach związkowych przy udzielaniu zamówień na publiczne usługi transportowe w zakresie ratownictwa i w zakresie specjalistycznego transportu chorych wytworzyła się praktyka udzielania zamówień miejscowym oferentom niezgodnie z prawem zamówień publicznych bez przetargu na poziomie europejskim lub bez zapewnienia odpowiedniej przejrzystości.

22. Powołując się na dziewięć konkretnych przykładów zamówień z krajów związkowych Dolna Saksonia, Północna Nadrenia-Westfalia, Saksonia i Saksonia-Anhalt ,Komisja w pierwszej kolejności podnosi, że odpowiedzialne za udzielenie tych zamówień odpowiednio miasta, okręgi i związki ds. pogotowia ratunkowego należy uważać za instytucje zamawiające w rozumieniu dyrektyw o zamówieniach publicznych. Zamówienia w dziedzinie publicznych usług ratunkowych należy ponadto uważać za zamówienia publiczne udzielane tytułem odpłatnym, których wartość w omawianych przypadkach znacznie przekraczała odpowiednią finansową wartość

graniczną dla zastosowania dyrektywy 92/50 lub dyrektywy 2004/18.

23. Zamówienia publiczne, które zostały udzielone przed dniem 31 stycznia 2006 r., podlegały dyrektywie 92/50. Skoro zamówienia te odnosiły się do usług mieszanych, musiały one zostać udzielone z zachowaniem przepisów tytułów III i IV lub art. 14 i art. 16 dyrektywy 92/50, w zależności od tego, czy przeważała wartość usług transportowych czy wartość usług medycznych. Dla zamówień udzielonych po upływie terminu do transpozycji dyrektywy 2004/18, dyrektywa ta zawierała odpowiednie uregulowanie.

24. Biorąc pod uwagę okoliczność, że wszystkie wymienione przypadki dotyczyły umów stanowiących przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, Republika Federalna Niemiec naruszyła również zakaz dyskryminacji oraz wymóg przejrzystości, które są elementami zasad swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego świadczenia usług.

25. Zarzucane naruszenia nie stanowią, zdaniem Komisji, pojedynczych przypadków, lecz wskazują na istnienie powszechnej, niezgodnej z prawem wspólnotowym praktyki w zakresie udzielania zamówień. Taką ocenę, zdaniem Komisji, potwierdza zdecydowanie niska liczba ogólnoeuropejskich zaproszeń do składania ofert w dziedzinie usług ratunkowych oraz ogłoszeń o udzielonych zamówieniach.

26. Zdaniem rządu niemieckiego, podjęta przez Komisję próba dokonania kompleksowej oceny praktyki w zakresie udzielania zamówień w Republice Federalnej Niemiec na podstawie opisu okoliczności faktycznych pojedynczych postępowań w sprawie udzielenia zamówienia w czterech z szesnastu w sumie krajach związkowych, jest niedopuszczalna. Poszczególne ustalenia faktyczne Komisji są ponadto nieprawidłowe.

27. Rząd niemiecki powołuje się ponadto na wyłączenie sektorowe z art. 45 ust. 1 WE w związku z art. 55 WE, zgodnie z którym rozdziały traktatu WE dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej, co miało miejsce w przypadku omawianych usług ratunkowych. Skoro podstawa prawna dyrektyw o zamówieniach publicznych znajduje się w tych rozdziałach traktatu WE, one również nie mają zastosowania w niniejszej sprawie.

28. Rząd niemiecki wskazuje pomocniczo, że omawiane usługi ratunkowe spełniały przesłanki uprzywilejowania wynikającego z art. 86 ust. 2 WE. Skoro art. 86 ust. 2 WE zawiera nie tylko wyjątek od zasad ochrony konkurencji, lecz także od wszystkich innych postanowień traktatu WE, skarga Komisji jest bezzasadna także z tej perspektywy. Wreszcie rząd niemiecki wskazuje na dwa orzeczenia Bundesgerichtshof z dnia 1 grudnia 2008 r., zgodnie z którymi obecnie, także przy udzielaniu zamówień na usługi ratunkowe, musi być stosowane prawo zamówień publicznych.

29. Rząd niderlandzki stoi na stanowisku, że Republika Federalna Niemiec nie naruszyła ani dyrektyw o zamówieniach publicznych, ani art. 43 WE i art. 49 WE. Omawiane publiczne usługi ratunkowe należy uważać za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE. Należy w tym względzie wziąć pod uwagę, że przewidziany w art. 86 ust. 2 WE wyjątek dotyczy także dziedziny swobód podstawowych. Podsumowując, rząd niderlandzki rozważa możliwość zastosowania wyłączenia sektorowego zgodnie z art. 45 WE i art. 55 WE. W tym względzie rząd niderlandzki skłania się do przekonania, że przesłanki zastosowania tego przepisu wprowadzającego wyjątek mogły być spełnione w przypadku omawianych usług ratunkowych.

VII — Ocena prawna

A — *Dopuszczalność*

30. Szczególną cechą postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, zgodnie z art. 226 WE, jest ograniczenie dopuszczalnego przedmiotu skragi w postępowaniu sądowym do przedmiotu określonego w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, uzasadniona opinia oraz następująca po niej skarga dotycząca uchybienia muszą opierać się na tych samych zarzutach i argumentach tak, iż Trybunał nie może orzekać co do zarzutu, który nie został podniesiony w uzasadnionej opinii [4].

31. Ta przesłanka dopuszczalności, zabraniająca rozszerzania zarzutów skargi poza argumenty uzasadnionej opinii, ma na celu ochronę prawa do obrony danego państwa członkowskiego, któremu powinno być umożliwione zastosowanie się do wynikających z prawa wspólnotowego zobowiązań, a z drugiej strony, podniesienie w swojej obronie właściwych argumentów wobec sformułowanych przez Komisję zarzutów. Przesłanka ta stanowi

4 — Zobacz wyroki: z dnia 26 marca 2009 r. w sprawie C-326/07 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-2291, pkt 29; z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-350/02 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-6213, pkt 20; z dnia 11 maja 1989 r. w sprawie 76/86 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. 1021, pkt 8; z dnia 7 maja 1987 r. w sprawie 186/85 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. 2029, pkt 13.

odzwierciedlenie ogólnej zasady procesowej, zgodnie z którą przedmiot potencjalnego postępowania spornego musi być jasno sprecyzowany [5].

32. Moim zdaniem w niniejszej sprawie Komisja, przy formułowaniu swojej skargi, wystąpiła w niedopuszczalny sposób poza zarzuty sformułowane w uzasadnionej opinii. Dla wyjaśnienia i odgraniczenia tego niedopuszczalnego rozszerzenia skargi zajmę się na wstępie kwalifikacją omawianych usług ratunkowych w systemie prawnym dyrektyw o zamówieniach publicznych. Następnie przedstawię, w jaki sposób Komisja przekształciła swoje argumenty z uzasadnionej opinii w swojej skardze oraz w jaki sposób, poprzez to przekształcenie, zmieniony został także przedmiot postępowania.

33. Okoliczność, że Republika Federalna Niemiec nie podniosła wyraźnie zarzutu niedopuszczalności rozszerzenia skargi, nie jest istotna. Skoro zakaz rozszerzenia przedmiotu postępowania stanowi gwarancję wymaganą przez traktat WE, której poszanowanie jest istotnym wymogiem proceduralnym prawidłowości postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom przez państwo członkowskie [6], Trybunał może to stwierdzić z urzędu, także bez zarzutu podniesionego przez Republikę Federalną Niemiec [7].

1. Usługi ratunkowe jako usługi mieszane w systemie dyrektyw o zamówieniach publicznych

34. Zarówno dyrektywa 92/50, jak i dyrektywa 2004/18 rozróżniają pomiędzy tak zwanymi usługami pierwszo- i drugorzędnymi. Pierwsze zostały wymienione w załączniku I A do dyrektywy 92/50 oraz w jednakowo brzmiącym załączniku II A do dyrektywy 2004/28 i obejmują między innymi usługi transportu lądowego. Drugie zostały wymienione w załączniku I B do dyrektywy 92/50 oraz w jednakowo brzmiącym załączniku II B do dyrektywy 2004/28 i obejmują między innymi usługi zdrowotne. Najistotniejszą pod względem prawa zamówień publicznych różnicą pomiędzy usługami pierwszorzędnymi z załączników I A lub II A oraz drugorzędnymi usługami z załączników I B lub II B jest poddanie usług pierwszorzędnych pełnemu zastosowaniu odpowiednich dyrektyw o zamówieniach publicznych [8].

5 — Zobacz wyroki: z dnia 22 marca 2007 r. w sprawie C-437/04 Komisja przeciwko Belgii, Zb.Orz. s. I-2513, pkt 39 i nast., oraz w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, przywołany w przypisie 4, pkt 18 i nast.

6 — Zobacz wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-441/02 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-3449, pkt 59.

7 — Argument a fortiori z art. 92 ust. 1 regulaminu Trybunału. Podobnie także Karpenstein/Karpenstein, w: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, art. 226 WE, pkt 82 [39. Ergänzungslieferung, [uzupełnienie] stan na lipiec 2009 r.].

8 — Artykuł 8 dyrektywy 92/50 oraz art. 20 dyrektywy 2004/18.

W odniesieniu do usług drugorzędnych przewidziano jedynie, że obowiązują zasady dotyczące specyfikacji technicznych, oraz że instytucje zamawiające muszą informować Komisję o udzieleniu zamówień [9].

35. W niniejszym postępowaniu jest bezsporne, że omawiane usługi ratunkowe należy uważać za usługi mieszane, zawierające zarówno pierwszorzędne jak i drugorzędne komponenty. Taka kwalifikacja wynika bezpośrednio z wyroku w sprawie Tögel [10], w którym usługi ratunkowe oraz usługi przewozu chorych pod opieką sanitariuszy zostały zakwalifikowane jako usługi mieszane w rozumieniu art. 10 dyrektywy 92/50 [11]. Należy przy tym uznać przewóz osób za usługę pierwszorzędną, zaś opiekę medyczną podczas transportu za usługę drugorzędną.

36. Mieszane zamówienia na usługi pierwszo- i drugorzędne należy poddać, zgodnie z art. 10 dyrektywy 92/50 lub zgodnie z art. 22 dyrektywy 2004/18, pełnemu stosowaniu odpowiednich dyrektyw o zamówieniach publicznych, jeśli wartość usług pierwszorzędnych jest większa niż wartość usług drugorzędnych. W pozostałych przypadkach zamówienia mieszane należy traktować jako zamówienia na usługi drugorzędne.

2. Przekształcenie żądań skargi

37. W uzasadnionej opinii Komisja wzięła wyraźnie pod uwagę mieszany charakter omawianych usług ratunkowych, zarówno w ramach swojej oceny prawnej, jak i przy formułowaniu poszczególnych zarzutów.

38. Komisja w uzasadnionej opinii podniosła w szczególności, że w przypadku omawianych usług ratunkowych przeważały usługi przewozu w rozumieniu załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18, a co za tym idzie Republika Federalna Niemiec przy udzielaniu tych zamówień naruszyła art. 10 w związku z tytułami III do IV dyrektywy 92/50, a od 1 lutego 2006 r. art. 22 w związku z art. 23 do 55 dyrektywy 2004/18. Jeśli w poszczególnych z wymienionych przypadków usługi medyczne, w rozumieniu załącznika I B do dyrektywy

9 — Artykuł 9 dyrektywy 92/50 oraz art. 21 dyrektywy 2004/18.

10 — Wyrok z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 Tögel, Rec. s. I-5357, pkt 40.

11 — Przewóz osób objęty jest określeniem „transport lądowy" w rozumieniu kategorii 2 załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub kategorii 2 załącznika II A do dyrektywy 2004/18. Opieka medyczna objęta jest określeniem „usługi zdrowotne" w rozumieniu kategorii 25 załącznika I B do dyrektywy 92/50 lub kategorii 25 załącznika II B do dyrektywy 2004/18.

92/50 lub załącznika II B do dyrektywy 2004/18, miałyby przeważać, Komisja zarzuca pomocniczo naruszenie art. 10 w związku z art. 16 dyrektywy 92/50, a od 1 lutego 2006 r. art. 22 w związku z art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18, oraz przynajmniej naruszenie zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług zgodnie z art. 43 WE i art. 49 WE, a także objętego tymi zasadami zakazu dyskryminacji.

39. W swojej skardze Komisja świadomie pozostawiła bez odpowiedzi kwestię, czy omawiane usługi ratunkowe w przeważającym zakresie dotyczą przewozu osób, czy raczej opieki medycznej. Kwestia ta, zdaniem Komisji, może pozostać bez odpowiedzi ze względu na to, że podważane procedury zamówień publicznych naruszyły co najmniej zasady dotyczące obowiązku publikacji udzielonych zamówień zgodnie z art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18, a także zakaz dyskryminacji objęty zasadami swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług.

40. Poprzez tę zmianę sformułowań żądań skargi, Komisja w niedopuszczalny sposób zmieniła przedmiot skargi.

41. Podczas gdy Komisja w swojej uzasadnionej opinii stanęła na stanowisku, że udzielenie zamówień na usługi ratunkowe naruszyło wynikające z prawa pierwotnego zakaz dyskryminacji i wymóg przejrzystości jedynie w przypadkach, w których przeważał aspekt opieki medycznej, to w swojej skardze wychodzi ona z innego założenia, że zakaz dyskryminacji i wymóg przejrzystości miały być przestrzegane zawsze przy udzielaniu omawianych zamówień na usługi ratunkowe. Jednakże wynika z tego, że zakaz dyskryminacji i wymóg przejrzystości mogą zostać bezpośrednio naruszone także przy udzielaniu zamówień na usługi ratunkowe o charakterze w przeważającej mierze transportowym, co nie zostało zarzucone wyraźnie ani w sposób dorozumiany w uzasadnionej opinii.

42. Rozszerzenie przedmiotu postępowania polega więc na tym, że obecnie naruszenie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, zarzucane jest także w przypadku udzielania zamówień na mieszane usługi ratunkowe o charakterze w przeważającej mierze transportowym. W tym zakresie niniejszą skargę należy uznać za niedopuszczalną.

43. Nie można temu przeciwstawić okoliczności, że przewidziane w dyrektywach

o zamówieniach publicznych obowiązek przeprowadzenia przetargu oraz obowiązek dotyczący ogłoszenia stanowią ostatecznie zawarte w prawie wtórnym wyrażenie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości wynikających z prawa pierwotnego, oraz że Komisja w związku z tym w swojej skardze uzasadnionej obecnie prawem pierwotnym nie wystąpiła poza zarzuty sformułowane w uzasadnionej opinii. Decydująca jest mianowicie okoliczność, że Komisja w swojej skardze zarzuca naruszenie prawa pierwotnego w odniesieniu do pierwszorzędnych usług mieszanych, choć w uzasadnionej opinii twierdziła jeszcze, że usługi te w pełnym zakresie podlegają dyrektywom o zamówieniach publicznych, a w konsekwencji zarzucała jedynie naruszenie tych dyrektyw. W konsekwencji Republika Federalna Niemiec nie miała okazji w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi przeanalizować kwestii, czy udzielanie zamówień na świadczenie usług ratunkowych, dotyczących w przeważającej mierze przewozu osób i w związku z tym objętych w pełnym zakresie dyrektywami o zamówieniach publicznych, może w ogóle podlegać bezpośrednio ocenie w oparciu o wynikające z prawa pierwotnego kryterium zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości [12].

44. Jeśli omówiona przeze mnie zmiana podstawy skargi zostanie uznana za dopuszczalną, doprowadzi to do niedopuszczalnego naruszenia prawa do obrony Republiki Federalnej Niemiec, ponieważ w ten sposób odebrana zostaje jej możliwość zmierzenia się w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi z zasadniczym pytaniem, czy i w jakim zakresie Komisja może oprzeć swoją skargę w odniesieniu do udzielania zamówień na pierwszorzędne usługi mieszane bezpośrednio na podstawie prawa pierwotnego.

45. W tym miejscu należy wskazać w szczególności na okoliczność, że Komisja wydaje się w swojej skardze miejscami zarzucać naruszenie art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz żądać wydania odpowiedniego orzeczenia przeciwko Republice Federalnej Niemiec [13]. O ile żądania skargi należy rozumieć w ten sposób, o tyle także ten wniosek należy odrzucić, jako niedopuszczalny, ponieważ naruszenie art. 2 dyrektywy 2004/18 nie zostało wyraźnie podniesione w uzasadnionej opinii.

12 — W związku z tym powstaje w szczególności pytanie, czy kontrola udzielania omawianych zamówień na podstawie wynikających z prawa pierwotnego zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości zgodna jest z zasadą pierwszeństwa stosowania prawa wtórnego, a także z ratio legis postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego zgodnie z art. 226 WE. Zobacz w tym względzie pkt 95 i nast. tej opinii.

13 — W pkt 39 swojej skargi z dnia 15 kwietnia 2008 r., zatytułowanym „Naruszenie art. 16 dyrektywy 92/50/EWG oraz art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE", Komisja podnosi, że art. 14 i art. 16 dyrektywy 92/50, a także art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18 znajdują w niniejszej sprawie zastosowanie do każdego przypadku. W pkt 40 zarzuca ona ponadto naruszenie art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18. W pkt 41 Komisja wskazuje, że art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50, a także art. 2 dyrektywy 2004/18 znajdują również zastosowanie w niniejszej sprawie, jednak nie zarzuca wyraźnie ich naruszenia oraz nie wypowiada się szerzej w przedmiocie tych dwóch artykułów. W podsumowaniu żądań swojej skargi w pkt 72 Komisja zarzuca jednak naruszenie art. 10 w związku z art. 16 dyrektywy 92/50, a także art. 2 i art. 22 w związku z art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18.

3. Wnioski

46. Wobec powyższych rozważań dochodzę do wniosku, że niniejszą skargę w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego należy odrzucić, jako niedopuszczalną w zakresie, w jakim zarzuca ona naruszenie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, także w przypadku udzielania zamówień na mieszane usługi ratunkowe o charakterze w przeważającej mierze transportowym.

47. W przypadku gdy Trybunał uzna, że Komisja w swojej skardze żąda również stwierdzenia naruszenia art. 2 dyrektywy 2004/18, to żądanie skargi również musi zostać odrzucone, jako niedopuszczalne.

B — *Zasadność skargi*

48. Republika Federalna Niemiec kwestionuje skargę wniesioną przez Komisję przy użyciu trzech linii argumentacji. Rząd niemiecki powołuje się w pierwszej kolejności na wyłączenie sektorowe zgodnie z art. 45 WE oraz pomocniczo na uzasadnienie, o którym mowa w art. 86 ust. 2 WE. Po drugie, rząd niemiecki podważa niektóre z przedstawionych przez Komisję ustaleń okoliczności faktycznych. Po trzecie, rząd niemiecki występuje przeciwko żądaniu Komisji stwierdzenia występowania praktyki niezgodnej z prawem wspólnotowym.

49. Wobec powyższego, następnie zajmę się w pierwszej kolejności problematyką udzielania zamówień na usługi ratunkowe w świetle art. 45 ust. 1 WE w związku z art. 55 WE, a później także w świetle art. 86 ust. 2 WE. Następnie zbadam dziewięć poszczególnych, podważanych przez Komisję postępowań w sprawie zamówień publicznych. Wreszcie rozważę kwestię tego, czy wyniki tego badania uzasadniają stwierdzenie występowania praktyki niezgodnej z prawem wspólnotowym.

1. Niestosowanie wyłączenia sektorowego zgodnie z art. 45 ust. 1 WE

50. Zgodnie z art. 45 ust. 1 WE w związku z art. 55 WE, postanowienia prawa pierwotnego, dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana,

choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej. Jeśli działalność w państwie członkowskim jest związana z wykonywaniem władzy publicznej, jest ona w konsekwencji wyłączona z zakresu zastosowania swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.

51. Dotyczy to także przepisów prawa wtórnego, wydanych w celu wdrożenia przepisów rozdziału dotyczącego swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. W zakresie, w jakim akty prawa wtórnego regulują również działalność związaną z wykonywaniem władzy publicznej, w drodze wykładni przepisów prawa wtórnego w sposób zgodny z traktatem należy stwierdzić, że wymieniona działalność w danych państwach członkowskich wyłączona jest z zakresu zastosowania tych przepisów [14].

52. Jeśli usługi transportowe w zakresie ratownictwa, jak i w zakresie transportu chorych, stanowiące przedmiot udzielanych w niniejszej sprawie zamówień, byłyby związane z wykonywaniem władzy publicznej w rozumieniu art. 45 ust. 1 WE, podniesiony przez Komisję zarzut naruszenia zasad swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług należałoby oddalić jako bezzasadny. Skoro ponadto zarówno dyrektywa 92/50, jak i dyrektywa 2004/18 zostały wydane na podstawie art. 47 ust. 2 WE i art. 55 WE, a więc w wykonaniu kompetencyjnych postanowień prawa pierwotnego w rozdziałach dotyczących swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, w niniejszej sprawie także argument skargi oparty na naruszeniu dyrektyw o zamówieniach publicznych należałoby oddalić jako bezzasadny.

53. Wydaje mi się jednak wątpliwe, czy świadczenie usług transportowych w zakresie ratownictwa, jak i w zakresie transportu chorych można zakwalifikować jako działalność, która trwale lub przejściowo związana jest z wykonywaniem władzy publicznej w rozumieniu art. 45 ust. 1 WE.

54. Należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że wykładnia pojęcia „wykonywanie władzy publicznej" w rozumieniu art. 45 ust. 1 WE objęta jest zakresem prawa wspólnotowego. Wspólnotowy porządek prawny co do zasady nie zmierza bowiem do definiowania swoich pojęć inspirując się jednym lub kilkoma krajowymi porządkami prawnymi, chyba że wyraźnie tak stanowi [15].

14 — Zobacz opinię rzecznika generalnego O. Lenza z dnia 19 września 1991 r. w sprawie C-306/89 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. I-5863, pkt 28. Zobacz także Randelzhofer/Forsthoff, w: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 45 WE, pkt 14 [39. Ergänzungslieferung, [uzupełnienie] stan na lipiec 2009].

15 — Zobacz wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-314/06 Société Pipeline Méditerranée et Rhône, Zb.Orz. s. I-12273, pkt 21; z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-103/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-5369, pkt 33, oraz z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-296/95 EMU Tabac i in., Rec. s. I-1605, pkt 30.

55. Odpowiedzi na pytanie, czy działalność wykazuje związek z wykonywaniem władzy publicznej w rozumieniu art. 45 ust. 1 WE, należy zatem udzielić na podstawie prawnowspólnotowej definicji władzy publicznej w rozumieniu tego przepisu.

56. Przesłanką dla przyjęcia wykonywania lub udziału w wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu art. 45 WE jest możliwość stosowania wobec obywateli specjalnych uprawnień, przywilejów władzy albo przymusu [16].

57. Biorąc pod uwagę fundamentalne znaczenie swobód podstawowych dla rynku wewnętrznego, art. 45 ust. 1 WE, ewentualnie w związku z art. 55 WE, jako wyjątek od zasady swobody przedsiębiorczości lub swobody świadczenia usług winien podlegać ścisłej wykładni [17]. W konsekwencji nie każda działalność, w ramach której istnieje możliwość stosowania wobec obywateli specjalnych uprawnień, przywilejów władzy albo przymusu, otwiera możliwość stosowania wyłączenia zgodnie z art. 45 ust. 1 WE. Konieczne jest raczej również, aby udział w wykonywaniu władzy publicznej wykazywał wystarczającą intensywność i był wystarczająco bezpośredni.

58. Przesłanka „wykonywania władzy publicznej" w rozumieniu art. 45 ust. 1 WE zakłada, innymi słowy, wystarczająco kwalifikowane stosowanie specjalnych uprawnień, przywilejów władzy albo przymusu. Taką wartościującą ocenę udziału w zadaniach władczych Trybunał podsumował w wymaganiu, zgodnie z którym stosowanie art. 45 ust. 1 WE, ewentualnie w związku z art. 55 WE, zakłada udział w wykonywaniu władzy publicznej wykazujący wystarczającą „intensywność" i wystarczająco „bezpośredni" [18].

59. Trybunał w swoim wyroku z dnia 29 października 1998 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii [19] wskazał podobnie w ramach omawiania kwestii tego, czy działalność prywatnych agencji ochrony w Hiszpanii związana jest z wykonywaniem władzy publicznej, że nawet wówczas, gdy prywatne agencje ochrony w określonych sytuacjach wspierają publiczne służby bezpieczeństwa, te pierwsze wykonują jedynie czynności pomocnicze. W związku z tym prywatne agencje ochrony

16 — Opinia rzecznika generalnego H. Mayrasa z dnia 28 maja 1974 r. (wyrok z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 Reyners, Rec. s. 631).

17 — To ograniczające podejście Trybunał potwierdza w utrwalonym obecnie orzecznictwie wskazując na fakt, że przy ocenie wyjątków od swobody przedsiębiorczości, określonych w art. 45 WE, należy brać pod uwagę wspólnotowy charakter nakreślonych przez ten artykuł granic odstępstw od tej swobody. Zobacz wyrok z dnia 22 października 2009 r. w sprawie C-438/08 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-10219, pkt 35.

18 — Zobacz wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, przywołany w przypisie 17, pkt 36, a także z dnia 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03 Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Zb.Orz. s. I-2941, pkt 46, oraz z dnia 13 lipca 1993 r. w sprawie C-42/92 Thijssen, Rec. s. I-4047, pkt 22.

19 — Sprawa C-114/97, Rec. s. I-6717, pkt 38 i nast.

nie uczestniczą „bezpośrednio i konkretnie" w wykonywaniu władzy publicznej. Takie rozwiązanie w tej sprawie zaproponował rzecznik generalny S. Alber, w swojej opinii wskazując na okoliczność, że rozróżnienie pomiędzy funkcją główną i pomocniczą należy rozumieć nie jako kryterium ilościowe, lecz jakościowe, oraz że istnieje stopniowa różnica pomiędzy uprawnieniami publicznych służb bezpieczeństwa, a uprawnieniami prywatnych agencji ochrony [20].

60. Równie surowy Trybunał okazał się w swoim niedawnym wyroku z dnia 22 października 2009 r. w sprawie Komisja przeciwko Portugalii [21], w którym orzekł, że omawiana działalność prywatnych podmiotów prowadzących działalność z zakresu badań technicznych pojazdów nie jest objęta zakresem przedmiotowym wyjątku ustanowionego w art. 45 WE, pomimo że podmioty te wydają zaświadczenia o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu, co wiąże się z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej. To wykonywanie prerogatyw władzy publicznej nie spełnia jednak jakościowego kryterium „bezpośredniego i konkretnego" udziału w wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu art. 45 WE. W tym względzie Trybunał wskazał, po pierwsze, na okoliczność, że wydanie zaświadczenia ma na celu jedynie nadanie skutków prawnych przeglądowi technicznemu, a podmiot prowadzący badania techniczne nie posiada przy tym rzeczywistej autonomii decyzyjnej. Ponadto decyzje o wydaniu lub odmowie wydania zaświadczenia o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu wydawane są w ramach bezpośredniego nadzoru ze strony państwa [22].

61. Trybunał stwierdził już wcześniej, przy okazji badania zastosowania wyłączenia sektorowego zgodnie z art. 45 WE w odniesieniu do audytorów przedsiębiorstw ubezpieczeniowych oraz prywatnych instytucji emerytalnych, że wykonywanie funkcji pomocniczych i przygotowawczych względem jednostki, która faktycznie sprawuje władzę publiczną, wydając ostateczną decyzję, nie może zostać uznane za udział w wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu tego odstępstwa [23].

62. Reasumując, należy stwierdzić, że zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem „wykonywaniu władzy publicznej" w rozumieniu art. 45 ust. 1 WE należy postawić wysokie

20 — Opinia rzecznika generalnego S. Albera z dnia 7 maja 1998 r. w sprawie C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-6717, pkt 27 i nast. Trybunał potwierdził, że działalność przedsiębiorstw w dziedzinie dozorowania i prywatnej ochrony zwykle nie stanowi bezpośredniego i szczególnego udziału w wykonywaniu władzy publicznej w wyrokach: z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-465/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-11091, pkt 31 i nast.; z dnia 31 maja 2001 r. w sprawie C-283/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-4363, pkt 20 i nast., oraz z dnia 9 marca 2000 r. w sprawie C-355/98 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-1221, pkt 25 i nast.

21 — Przywołany w przypisie 17.

22 — Do podobnych wniosków Trybunał doszedł już w wyrokach: z dnia 29 listopada 2007 r. w sprawie C-404/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-10239, pkt 39 i nast., oraz w sprawie C-393/05 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-10195, pkt 37 i nast., w ramach badania działalności prywatnych podmiotów kontrolujących produkty rolnictwa ekologicznego.

23 — Wyrok w sprawie Thijssen, przywołany w przypisie 18, pkt 17 i nast. Zobacz również wyrok w sprawie Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, przywołany w przypisie 18, pkt 44 i nast. w odniesieniu do określonych działalności polegających na doradztwie i obsłudze podatkowej prowadzonych przez Centri di Assistenza Fiscale in Italien.

jakościowe wymagania, które jak dotychczas niemalże bez wyjątku uniemożliwiły powołanie się na art. 45 WE [24].

63. Także w niniejszym postępowaniu udział usług transportowych w zakresie ratownictwa i w zakresie transportu chorych w wykonywaniu władzy publicznej wydaje mi się jedynie ograniczony, nie spełnia przy tym jakościowych kryteriów koniecznych dla zastosowania art. 45 WE.

64. Republika Federalna Niemiec widzi uzasadnienie udziału w wykonywaniu władzy publicznej po pierwsze w tym, że omawiane umowy zgodnie z prawem niemieckim należy uważać za umowy publiczno-prawne. Po drugie, Republika Federalna Niemiec wskazuje na szczególne uprawnienia służb ratunkowych zgodnie z prawem drogowym i prawem ruchu drogowego, polegające w szczególności na tym, że mogą one przy użyciu niebieskiego światła i syreny wydawać innym uczestnikom ruchu drogowego polecenia, które muszą oni wykonać, zaś których nieprzestrzeganie może zostać ukarane grzywną. Republika Federalna Niemiec podnosi po trzecie, że medyczne służby ratunkowe uczestniczą często w organizacji służb ratunkowych, a także w wypełnianiu zadań władczych w dziedzinie ochrony przeciwpożarowej i ochrony w czasie katastrof, oraz wspierają również policyjne służby prewencyjne poprzez udostępnianie środków ratowniczych w dziedzinie działalności organów bezpieczeństwa. Po czwarte, Republika Federalna Niemiec podkreśla przewidziane często w prawach krajów związkowych powołanie personelu służb ratunkowych na stanowiska urzędnicze w administracji.

65. Argumenty te nie są przekonujące.

66. Pierwszy argument Republiki Federalnej Niemiec nie bierze pod uwagę zasady, że wspólnotowy porządek prawny generalnie nie zmierza do zdefiniowania swoich pojęć inspirując się jednym lub kilkoma krajowymi porządkami prawnymi [25]. Okoliczność, że omawiane służby ratunkowe zorganizowane są zgodnie z niemieckim prawem publicznym nie jest istotna dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy służby ratunkowe objęte są zakresem zastosowania art. 45 WE.

67. Jakkolwiek Republika Federalna Niemiec wychodzi następnie słusznie z założenia, że użycie niebieskiego światła i syreny należy

24 — Obok wymienionych już wyroków zobacz wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-281/06 Jundt, Zb.Orz. s. I-12231, pkt 35 i nast. w odniesieniu do wykonywania działalności w zakresie nauczania na zlecenie uniwersytetu.

25 — Zobacz pkt 53 i nast. tej opinii.

uznać za wykonywanie szczególnych uprawnień, konkretne ukształtowanie tych szczególnych uprawnień nie wydaje mi się jednak wykazywać wystarczającej intensywności, wymaganej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, dla objęcia zakresem zastosowania art. 45 WE. Wymienione szczególne uprawnienia wyczerpują się mianowicie, z jednej strony, w specjalnej konstrukcji pojazdów służb ratunkowych oraz wyposażeniu ich w niebieskie światło i syrenę, a z drugiej strony, w możliwości żądania w określonych okolicznościach pierwszeństwa dla tych pojazdów przed innymi uczestnikami ruchu drogowego, przy czym nieprzestrzeganie tych szczególnych uprawnień przez innych uczestników ruchu drogowego uznawane jest za wykroczenie karane grzywną. Te szczególne uprawnienia, relatywnie słabo zaznaczone, nie wypełniają, moim zdaniem, wymienionych już wysokich jakościowych wymagań stawianych wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu art. 45 WE.

68. W tym kontekście również przywołany przez rząd niemiecki udział medycznych służb ratunkowych w organizacji służb ratunkowych, a także w ochronie przeciwpożarowej i ochronie w czasie katastrof, oraz w udostępnianiu środków ratowniczych dla wspierania organów bezpieczeństwa i straży pożarnej nie jest przekonujący. Należy w tym względzie po pierwsze wskazać, że udostępnienie środków ratunkowych dla wsparcia organów bezpieczeństwa należy z reguły uznać za działalność jedynie pomocniczą i przygotowawczą, która zgodnie z przywołanym powyżej orzecznictwem nie może stanowić bezpośredniego uczestnictwa w wykonywaniu władzy publicznej. Nawet gdyby podane przez Republikę Federalną Niemiec przykłady udziału medycznych służb ratunkowych w organizacji służb ratunkowych oraz w ochronie przeciwpożarowej i ochronie w czasie katastrof [26] miały wychodzić poza działalność jedynie pomocniczą i przygotowawczą, działalność ta nie spełniałaby wymienionych powyżej wysokich wymagań jakościowych stawianych wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu art. 45 WE.

69. Argument przewidzianej często w prawach krajów związkowych możliwości powołania personelu służb ratunkowych na stanowiska urzędnicze w administracji nie wytrzymuje wreszcie konfrontacji ze stwierdzeniem, że z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, iż rozszerzenie odstępstwa przyznanego w art. 45 WE i 55 WE na dany zawód, jako całość nie może być dopuszczone, jeżeli działalność, która jest związana w danym przypadku z wykonywaniem władzy publicznej, stanowi składnik, który można oddzielić od całości danej działalności zawodowej [27].

70. Wobec powyższego dochodzę do wniosku, że omawiana działalność polegająca

26 — Jako przykłady zadań publicznych wykonywanych przez służby ratunkowe Republika Federalna Niemiec przytacza środki umożliwiające zarządzenie opuszczenia, zabezpieczenia albo zatrzymania w sytuacjach kryzysowych oraz ogólny udział świadczących usługi służb ratunkowych w planowaniu, organizacji i zarządzaniu służbami ratunkowymi, w ramach których mają oni na przykład prawo do nałożenia na osoby trzecie obowiązku informowania lub powiadamiania, albo do podjęcia decyzji o wykorzystaniu innych służb wyspecjalizowanych.

27 — Wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, przywołany w przypisie 22, pkt 47, oraz w sprawie Komisja przeciwko Austrii, przywołany w przypisie 22, pkt 45.

na świadczeniu usług ratunkowych, jako taka nie stanowi bezpośredniego i szczególnego udziału w wykonywaniu władzy publicznej. W niniejszej sprawie wyłączenie sektorowe, zgodnie z art. 45 WE, nie ma w konsekwencji zastosowania.

2. Brak uzasadnienia zgodnie z art. 86 ust. 2 WE

71. Powołując się na wyrok w sprawie Ambulanz Glöckner [28] Republika Federalna Niemiec podnosi pomocniczo, że usługi ratunkowe należy uważać za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE, przy czym uzasadnienie zawarte w tym artykule bez ograniczenia może zostać zastosowane do dziedziny swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.

72. Również ta argumentacja mnie nie przekonuje.

73. Republika Federalna Niemiec słusznie podnosi, że Trybunał w wyrokach z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom [29] oraz z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie Corsica Ferries France [30] uznał zastosowanie uzasadnienia z art. 86 ust. 2 WE także do środków krajowych niezgodnych z postanowieniami traktatu WE dotyczącymi swobodnego przepływu towarów lub swobody świadczenia usług oraz potwierdził w ten sposób, że art. 86 ust. 2 WE może zostać powołany dla uzasadnienia naruszeń art. 86 ust. 1 WE w związku ze swobodami podstawowymi [31].

74. W obliczu nowego rozwoju orzecznictwa Trybunału, powstaje jednak na wstępie pytanie, czy wyroki w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom oraz w sprawie Corsica Ferries France mogą w tej kwestii nadal być podstawą absolutnych prerogatyw. Zgodnie z nowszym orzecznictwem okoliczność, że działalność pod względem swojego konkretnego ukształtowania jest wyłączona z zakresu stosowania reguł konkurencji, niekoniecznie musi oznaczać, że jest również wyłączona z zakresu stosowania zasad dotyczących swobody przepływu [32].

75. W tym kontekście powstaje pytanie, czy linia orzecznicza ustanowiona na podstawie wyroków w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom i w sprawie Corsica Ferries

28 — Wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. s. I-8089.

29 — Wyrok w sprawie C-157/94, Rec. s. I-5699, pkt 27 i nast.

30 — Wyrok w sprawie C-266/96, Rec. s. I-3949, pkt 59.

31 — Podobnie również: Mestmäcker/Schweitzer, w: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, wydanie 4., München 2007, art. 86 ust. 2 WE, pkt 42; Pernice/Wernicke, w: Grabitz/Hilf, op.cit. (przypis 14), art. 86 WE, pkt 53.

32 — Wyrok z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union „Viking Line", Zb.Orz. s. I-10779, pkt 53. Zobacz także wyrok z dnia 18 lipca 2006 r. w sprawie C-519/04 P Meca-Medina, Zb.Orz. s. I-6991, pkt 31–34.

France w przedmiocie zastosowania art. 86 ust. 2 WE w dziedzinie swobód podstawowych nie powinna zostać zweryfikowana, tym bardziej, że Trybunał w swoich wcześniejszych orzeczeniach wydawał się wykluczać takie zastosowanie [33].

76. W niniejszej sprawie nie jest jednak konieczne pogłębianie tej dyskusji. Republika Federalna Niemiec nie jest w stanie bowiem wykazać, że przesłanki stosowania art. 86 ust. 2 WE są jako takie spełnione.

77. Na państwie członkowskim powołującym się na art. 86 ust. 2 WE spoczywa ciężar wykazania, że ustanowione w tym postanowieniu traktatowym przesłanki zostały spełnione [34].

78. W odniesieniu do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, art. 86 ust. 2 WE wymaga wykazania, że omawiane usługi ratunkowe należy uważać za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, że zmiana zarzucanej praktyki udzielania zamówień w rozumieniu prawa wspólnotowego stanowiłaby prawną lub faktyczną przeszkodę albo zagrożenie dla świadczenia tych usług, oraz że rozwój handlu nie jest przez zarzucaną praktykę naruszany w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty.

79. Podczas gdy można uznać za bezsporne, że usługi transportowe w zakresie ratownictwa należy uważać za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE [35], Republika Federalna Niemiec musi jeszcze w tym postępowaniu wykazać, że zarzucana praktyka udzielania zamówień jest niezbędna, oraz że wypełnianie zadań polegających na świadczeniu omawianych usług ratunkowych nie może zostać zapewnione w inny sposób, bardziej zgodny z prawem wspólnotowym.

80. W związku z tym Republika Federalna Niemiec wskazuje jedynie, że ciągłe włączanie nowych usługodawców usług ratunkowych do systemu służb ratunkowych danego regionu utrudniałoby lub uniemożliwiało subwencjonowanie krzyżowe pomiędzy obszarami gęsto zabudowanymi, gdzie świadczenie usług ratunkowych jest bardziej dochodowe, na korzyść mniej dochodowych stref o niskiej gęstości zaludnienia. Ponadto zawarta w dotychczasowej praktyce

33 — Wyrok z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 Campus Oil i in., Rec. s. 2727, pkt 19.

34 — Zobacz wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-159/94 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-5815, pkt 101.

35 — Zobacz wyrok w sprawie Ambulanz Glöckner, przywołany w przypisie 28, pkt 55.

udzielania zamówień ochrona działających w Niemczech organizacji pomocowych zorganizowanych na zasadzie członkowstwa jest konieczna, ponieważ na tych organizacjach spoczywa obowiązek niesienia pomocy w przypadku katastrof. Jedynie te organizacje zapewniają zatem, że w przypadku katastrofy będzie można liczyć na wiele niosących nieodpłatnie pomoc osób zamieszkałych w okolicy, przy czym osoby te muszą mieć możliwość regularnego zdobywania praktycznego doświadczenia w służbie ratunkowej.

81. Argumentowi dotyczącemu subwencji krzyżowych Komisja w swojej duplice przeciwstawiła twierdzenie, że pogląd, zgodnie z którym organizacje służby ratunkowej potrzebują subwencji krzyżowych dla zapewnienia zaopatrzenia w takie usługi mniej rentownych obszarów, nie jest argumentem przeciwko przeprowadzaniu przetargów na usługi ratunkowe zgodnie z prawem wspólnotowym. Różna rentowność określonych obszarów może zostać uwzględniona poprzez określenie wyższego wynagrodzenia za obszary mniej rentowne. Inna możliwość polega na kombinowanym udzielaniu zamówień na usługi ratunkowe oraz na usługi w zakresie transportu chorych dla obszarów wyznaczonych geograficznie w taki sposób, aby zawierały one zarówno bardziej jak i mniej rentowne strefy.

82. W swojej odpowiedzi Republika Federalna Niemiec nie uznała, że zaproponowane przez Komisję alternatywy w zakresie prawa zamówień publicznych uwzględniające odpowiednie okoliczności faktyczne i prawne utrudniłyby lub wręcz uniemożliwiły wypełnienie zadania świadczenia usług transportowych w zakresie ratownictwa. W związku z tym argument, że taka praktyka w zakresie udzielania zamówień jest niezbędna ze względu na wynikające z niej subwencje krzyżowe, należy odrzucić jako niepoparty w dostatecznym stopniu.

83. Dotyczy to również argumentu odnoszącego się do wielu niosących nieodpłatnie pomoc osób zamieszkałych w okolicy. W tym względzie Komisja wskazała na alternatywę zgodną z prawem zamówień publicznych, polegającą na możliwości przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, w którym dostępność na miejscu byłaby uwzględniona jako kryterium wyboru. Także tej możliwości Republika Federalna Niemiec nie odrzuciła w swojej odpowiedzi w sposób poparty w dostatecznym stopniu.

84. Biorąc pod uwagę te rozważania dochodzę do wniosku, że Republika Federalna Niemiec nie wypełniła ciążącego na niej obowiązku wykazania, że zarzucana w niniejszej sprawie praktyka w zakresie udzielania zamówień na usługi ratunkowe wypełnia przesłanki

stosowania art. 86 ust. 2 WE. Co za tym idzie, jej powołanie się na art. 86 ust. 2 WE należy z tego powodu oddalić jako bezzasadne.

dotyczącą udzielenia odpłatnych zamówień w dziedzinie usług ratunkowych. Przedmiotem świadczonych usług miało być udostępnienie pojazdów i personelu dla ratownictwa lub kwalifikowanego transportu chorych w okresie od 2007 r. do 2011 r., o wartości zamówienia wynoszącej 7 mln EUR rocznie. Ogólnoeuropejski przetarg nie został przeprowadzony.

3. Analiza dziewięciu kwestionowanych postępowań w sprawie udzielenia zamówienia

87. To przedstawienie okoliczności faktycznych nie jest podważane przez Republikę Federalną Niemiec.

85. Komisja kwestionuje dziewięć postępowań w sprawie udzielenia zamówienia na świadczenie usług ratunkowych w czterech krajach związkowych. Na tej podstawie stwierdza ona występowanie w Republice Federalnej Niemiec niezgodnej z prawem praktyki udzielania zamówień. Skoro niezgodna z prawem praktyka może występować jedynie w zakresie, w jakim w ramach prowadzenia poszczególnych podważanych postępowań w sprawie udzielenia zamówienia rzeczywiście naruszone zostało prawo wspólnotowe, zbadam na wstępie, czy oraz w jakim zakresie, przy udzielaniu poszczególnych zamówień mogą zostać stwierdzone naruszenia wymienionych przez Komisję przepisów i zasad.

88. Udzielenie tego zamówienia stanowi, zdaniem Komisji, naruszenie przez Republikę Federalną Niemiec art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18. Ponadto udzielenie tego zamówienia naruszyło także zakaz dyskryminacji oraz wymóg przejrzystości, które są objęte zakresem zasad swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego świadczenia usług.

a) Udzielenie zamówienia przez miasto Magdeburg (Saksonia-Anhalt)

i) Naruszenie art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18

86. Zgodnie z informacjami podanymi przez Komisję, miasto Magdeburg jako instytucja zamawiająca prowadziło od października 2005 r. tak zwaną „procedurę zatwierdzenia”

89. Zgadzam się z Komisją w tej kwestii, że zarzucane zamówienie zostało przez miasto Magdeburg udzielone co najmniej

z naruszeniem art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18.

transportowy czy raczej składnik dotyczący zaopatrzenia medycznego.

ii) Brak naruszenia zakazu dyskryminacji oraz wymogu przejrzystości, wynikających z prawa pierwotnego

90. Zgodnie z niezakwestionowanymi informacjami podanymi przez Komisję, miasto Magdeburg, jako instytucja zamawiająca w rozumieniu dyrektyw o zamówieniach publicznych, zawarło z jednym usługodawcą pisemną umowę o charakterze odpłatnym, dotyczącą świadczenia usług ratunkowych, której szacowana wartość przekraczała wielkości graniczne wynikające z dyrektywy 92/50 lub z dyrektywy 2004/18. Jakkolwiek nie zostały dokładnie określone daty działań podlegających prawu zamówień publicznych – według Komisji postępowanie było prowadzone od października 2005 r. – a co za tym idzie nie stwierdzono, czy zarzucone zamówienie należy poddać kontroli w całości lub częściowo na podstawie dyrektywy 92/50, czy raczej w całości lub częściowo na podstawie dyrektywy 2004/18 [36], brak dokładnych informacji dotyczących chronologii działań w procedurze zamówień publicznych nie może prowadzić do uznania, że nie nastąpiło naruszenie prawa zamówień publicznych. Zarówno bowiem pod rządami dyrektywy 92/50, jak i dyrektywy 2004/18 miasto Magdeburg podlegało obowiązkowi publikacji udzielonych zamówień (art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18), i to niezależnie od tego, czy w usługach ratunkowych przeważał pod względem wartości składnik

— Badanie zasadności w kontekście założenia, że zarzut skargi dotyczący naruszenia prawa pierwotnego jest częściowo niedopuszczalny

91. Jak już wskazałam powyżej w ramach badania dopuszczalności, niniejszą skargę należy oddalić jako niedopuszczalną w zakresie, w jakim zmierza ona do stwierdzenia, że przy udzielaniu zamówień na świadczenie usług ratunkowych, dotyczących w przeważającej mierze przewozu osób, nastąpiło naruszenie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług [37].

92. Motyw skargi dotyczący naruszenia zasad wynikających z prawa pierwotnego jest zatem dopuszczalny jedynie w zakresie, w jakim podważa on udzielenie zamówień na

36 — Miarodajny jest odpowiednio stan prawny w momencie, kiedy działanie zostaje podjęte lub zaniechane. Zobacz w tym względzie A. Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, pkt 416. Zobacz również wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 38 i nast.

37 — Zobacz pkt 30 i nast. tej opinii.

usługi ratunkowe dotyczące pod względem przeważającego elementu opieki medycznej.

93. Aby ograniczony w ten sposób zarzut skargi mógł zostać uznany za zasadny, Komisja musiałaby w pierwszej kolejności wykazać, że przedmiotem podważanych przez nią postępowań w sprawie zamówień publicznych były usługi ratunkowe dotyczące pod względem przeważającego elementu opieki medycznej. Tego ostatniego Komisja w niniejszym postępowaniu jednak nie dowiodła ani nawet się na to nie powołała. Zdaniem Komisji nie ma wręcz znaczenia, czy omawiane usługi ratunkowe pod względem przeważającego elementu dotyczą przewozu osób czy raczej opieki medycznej.

94. Skoro w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na mocy art. 226 WE ciężar dowodu zaistnienia zarzucanego uchybienia spoczywa na Komisji, która powinna przedstawić Trybunałowi środki dowodowe niezbędne do wykazania zaistnienia tego uchybienia [38], zaś Komisja nie wykonała w zakresie powyższych stwierdzeń ani spoczywającego na niej obowiązku dowodowego, ani obowiązku przedstawienia środków dowodowych, zarzut skargi dotyczący naruszenia zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, jakkolwiek dopuszczalny, należy oddalić jako bezzasadny.

— Pomocniczo: badanie zasadności w przypadku, gdy zarzut skargi dotyczący naruszenia prawa pierwotnego należałoby uznać w całości za dopuszczalny

95. Jeśli Trybunał, inaczej niż tu zaproponowano, uzna zarzut skargi dotyczący naruszenia zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług w całości za dopuszczalny, zarzut ten będzie podlegał w całości badaniu w zakresie jego zasadności.

96. Punktem wyjścia dla badania zasadności jest przy takim założeniu stwierdzenie, że Komisja świadomie pozostawiła bez odpowiedzi kwestię tego, czy omawiane usługi ratunkowe pod względem przeważającego elementu dotyczą przewozu osób czy raczej opieki medycznej. W ten sposób nie można określić, czy te usługi ratunkowe - jako usługi mieszane w rozumieniu dyrektywy 92/50 lub dyrektywy 2004/18 – podlegają w pełnym zakresie zastosowaniu dyrektyw o zamówieniach

38 — Zobacz wyroki: z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-246/08 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-10605, pkt 52; z dnia 6 października 2009 r. w sprawie C-438/07 Komisja przeciwko Szwecji, Zb.Orz. s. I-9517, pkt 49, oraz z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 33.

publicznych [39], oraz czy w związku z tym musiało zostać ogłoszone zaproszenie do składania ofert z zachowaniem przewidzianego w tych dyrektywach postępowania w sprawie zamówień publicznych. Komisja próbowała ominąć ten problem zarzucając w swojej skardze ogólnie naruszenie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług.

orzecznictwem dowodu występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym w udzielaniu zamówień na usługi drugorzędne oraz omówię wnioski, jakie można wyprowadzić z tego orzecznictwa dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Zasada pierwszeństwa stosowania prawa wtórnego

97. W konsekwencji tej decyzji Komisji, wynikającej z taktyki procesowej, powstaje jednak w niniejszej sprawie podstawowa kwestia, czy Komisja, dochodząc do przekonania, że postępowanie państwa członkowskiego może uchybiać zarówno prawu pierwotnemu, jak również w pełnym zakresie dyrektywom 92/50 lub 2004/18, w ramach postępowania zgodnie z art. 226 WE, może swobodnie zadecydować, czy oprze żądania swojej skargi na podstawie prawa pierwotnego, czy raczej na podstawie dyrektyw o zamówieniach publicznych. Kwestia ta zostanie omówiona poniżej z powołaniem się na zasadę pierwszeństwa stosowania prawa wtórnego oraz z uwzględnieniem ratio legis postępowania zgodnie z art. 226 WE.

99. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada pierwszeństwa stosowania prawa wtórnego nakazuje, od chwili całkowitej harmonizacji określonej dziedziny na płaszczyźnie prawa wspólnotowego wtórnego, ocenianie każdej regulacji krajowej dotyczącej tego zakresu na podstawie przepisów aktu prawa wtórnego, a nie przepisów traktatu WE [40].

98. Rozważę wreszcie surowe wymogi prawa pierwotnego, dotyczące zgodnie z nowszym

100. W niniejszej sprawie Komisja zarzuca w istocie, na płaszczyźnie prawa pierwotnego, naruszenie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług.

39 — Zobacz w tym względzie pkt 34 i nast. tej opinii.

40 — Zobacz wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-322/01 Deutscher Apothekerverband, Rec. s. I-14887, pkt 64.

101. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wynikająca z prawa pierwotnego zasada równości traktowania w dziedzinie zamówień publicznych ma na celu zagwarantowanie, aby wszyscy oferenci mieli takie same szanse w fazie przygotowywania warunków ich oferty, niezależnie od ich przynależności państwowej [41]. Z zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wynika obowiązek przejrzystości, który polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie udzielania zamówień na konkurencję i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych [42].

102. Ta wynikająca z prawa pierwotnego zasada równego traktowania oraz wymóg stworzenia wystarczającej przejrzystości zostały w sposób daleko idący zharmonizowane w dyrektywie 92/50 i w dyrektywie 2004/18 na podstawie niezwykle szczegółowych przepisów dotyczących różnych obowiązków informowania, komunikowania i ogłaszania. Te obowiązki przejrzystości, wynikające z prawa wtórnego, wyróżniają się szczegółowością swojej harmonizacji, którą w odniesieniu do wielu kwestii należy uznać za harmonizację pełną [43].

103. W kontekście pierwszeństwa stosowania prawa wtórnego w niniejszej sprawie powstaje więc pytanie, czy Komisja może zarzucić naruszenie wynikającego z prawa pierwotnego zakazu dyskryminacji oraz wynikającego z niego wymogu przejrzystości, chociaż udzielenie omawianych zamówień podlega w całości dyrektywom o zamówieniach publicznych w sytuacji gdy element transportu przeważa w nich pod względem wartości [44], a także pomimo to, że zakaz dyskryminacji i wymóg przejrzystości, wynikające z zasad

41 — Wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 48.

42 — Wyroki: z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 Acoset, Zb.Orz. s. I-9913, pkt 49, oraz z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 21. W przedmiocie relacji pomiędzy zakazem dyskryminacji a wymogiem przejrzystości zobacz wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, przywołany w przypisie 38, pkt 30 i nast., a także z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-619, pkt 66; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 17 i nast., oraz z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60 i nast.

43 — Ogólnie należy uznać, że dyrektywa 92/50 i dyrektywa 2004/18 nie miały jako takie na celu pełnej harmonizacji udzielania zamówień publicznych objętych ich zakresami zastosowania. Wynika to już z tytułów tych dyrektyw, w których jest mowa o „koordynacji" postępowania w sprawie zamówień publicznych. Okoliczność, że dyrektywy te zmierzają do minimalnej harmonizacji nie wyklucza jednak, że określone dziedziny pomimo to poddane zostaną pełnej harmonizacji. Wobec niezwykle szczegółowych przepisów zawartych w tych dyrektywach, dotyczących różnych obowiązków informowania, komunikowania i ogłaszania w poszczególnych postępowaniach w sprawie zamówień publicznych, przede wszystkim w tej dziedzinie wytyczenie granicy pomiędzy bardzo szczegółową harmonizacją minimalną a ostateczną pełną harmonizacją jest niezwykle trudne. Jak rzecznik generalny J. Mazák wywiódł słusznie w swojej opinii z dnia 22 września 2009 r. w sprawie C-299/08 Komisja przeciwko Francji, pkt 12 i nast., zaś Trybunał potwierdził w swoim wyroku z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie C-299/08 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. s. I-11587, pkt 28 i nast., listę poszczególnych procedur zamówień publicznych wymienionych w art. 28 i nast. dyrektywy 2004/18 należy uważać za wyczerpującą. Wynika z tego bezpośrednio, że także przynajmniej poszczególne przepisy dotyczące tych procedur należy uważać za przejaw pełnej harmonizacji.

44 — Gdyby natomiast Komisja przedstawiła dowód na to, że usługi ratunkowe należy uważać za zamówienia na usługi drugorzędne, które wówczas podlegają dyrektywom o zamówieniach publicznych jedynie częściowo, w przypadku występowania jednoznacznego interesu transgranicznego zastosowanie zasad wynikających z art. 43 WE i art. 49 WE byłoby możliwe zgodnie z utrwalonym orzecznictwem. Zobacz wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, przywołany w przypisie 38, pkt 29 i nast.

swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług zostały w tych dyrektywach o zamówieniach publicznych zharmonizowane w sposób szczegółowy, a w niektórych dziedzinach nawet w sposób ostateczny.

104. Kwestia ta nie została dotychczas ostatecznie rozstrzygnięta w orzecznictwie Trybunału.

105. Ustalono, że pierwszeństwo stosowania prawa wtórnego wyklucza powołanie się na ustanowione w prawie pierwotnym względy uzasadniające naruszenie swobód podstawowych w zakresie, w jakim naruszenie to dotyczy dziedziny, w której te względy uzasadniające podlegają pełnej harmonizacji [45]. A contrario,przepis krajowy, za pomocą którego państwo członkowskie wypełnia swoje zobowiązania wynikające z prawa wtórnego, nie może zostać uznany za naruszenie swobody podstawowej [46]. Oznaczałoby to bowiem podważenie obowiązywania prawa wtórnego, jeśli można by przeciwstawić wynikające z prawa pierwotnego przyzwolenie wynikającemu z prawa wtórnego zakazowi, albo wynikający z prawa pierwotnego zakaz wtórno-prawnemu wymogowi [47].

106. Jakkolwiek w wielu orzeczeniach prejudycjalnych zostało również potwierdzone, że gdy jakaś dziedzina jest przedmiotem wyczerpującej harmonizacji wspólnotowej, wszystkie związane z nią przepisy krajowe powinny być oceniane w świetle tych przepisów harmonizujących, a nie prawa pierwotnego [48], do tej pory pozostaje w dużej mierze niejasne, czy nieprzestrzeganie swobód podstawowych także w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie może już być bezpośrednio zarzucane w zakresie, w jakim podważane działanie stanowi lub może stanowić jednocześnie naruszenie zasad wynikających z prawa wtórnego, które wyczerpująco harmonizują dziedzinę podlegającą tym swobodom [49].

107. Moim zdaniem, nieprzestrzeganie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości,

45 — Wyroki: z dnia 24 marca 2009 r. w sprawie C-445/06 Danske Slagterier, Zb.Orz. s. I-2119, pkt 25; z dnia 11 lipca 1996 r. w sprawach połączonych C-427/93, C-429/93 i C-436/93 Bristol-Myers Squibb i in., Rec. s. I-3457, pkt 25; z dnia 30 listopada 1983 r. w sprawie 227/82 Van Bennekom, Rec. s. 3883, pkt 35, oraz z dnia 5 października 1977 r. w sprawie 5/77 Tedeschi, Rec. s. 1555, pkt 33 i nast.

46 — Zobacz chociażby wyrok w sprawie Deutscher Apothekerverband, przywołany w przypisie 40, pkt 52 i nast.

47 — W tym duchu: Randelzhofer/Forsthoff, w: Grabitz/Hilf, op.cit, przypis 14, art. 39-55 WE, pkt 149.

48 — Jako wyrok stanowiący podstawę tej zasady można wskazać wyrok z dnia 12 października 1993 r. w sprawie C-37/92 Vanacker i Lesage, Rec. s. I-4947. Zobacz również wyroki: z dnia 17 kwietnia 2007 r. w sprawie C-470/03 AGM-COS. MET, Zb.Orz. s. I-2749, pkt 50 i nast.; z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-145/02 Denkavit, Zb.Orz. s. I-51, pkt 22 i nast.; z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-309/02 Radlberger Getränkegesellschaft, Zb.Orz. s. I-11763, pkt 52 i nast., oraz z dnia 13 grudnia 2001 r. w sprawie C-324/99 Daimler Chrysler, Rec. s. I-9897, pkt 32 i nast.

49 — W przedmiocie ograniczenia zakresu zastosowania swobód podstawowych przez akty prawa wtórnego wprowadzające pełną harmonizację, zob.: T. Kingreen, *Kommentar zu EUV/EGV* (red. C. Calliess/M. Ruffert), 3. Aufl., 2007, art. 28–30 WE, pkt 18.

wynikających ze swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, nie może już zostać podniesione bezpośrednio, jeśli zarzucane działanie jednocześnie stanowi naruszenie opartych na tych swobodach podstawowych przepisów prawa wtórnego o charakterze pełnej harmonizacji. Gdyby natomiast Komisja posiadała w takim przypadku możliwość wyboru podniesienia albo naruszenia swobód podstawowych, albo naruszenia przepisów w pełni zharmonizowanego prawa wtórnego, podważałoby to w znaczący sposób obowiązywanie prawa wtórnego.

108. Szczególna cecha aktów prawa wtórnego wprowadzających pełną harmonizację polega na tym, że państwa członkowskie nie mogą przekroczyć odpowiednich wymogów prawa wspólnotowego w żadnym kierunku. W związku z tym w pełni zharmonizowane przepisy są co do zasady sformułowane bardzo konkretnie. Jeśli dziedzina podlegająca swobodom podstawowym zostaje następnie poddana pełnej harmonizacji w prawie wtórnym, niemalże wykluczone jest, aby prawo pierwotne i prawo wtórne nakładało na państwa członkowskie dokładnie takie same obowiązki. Prawo wtórne jest środkiem, w którym odbywa się sformułowanie i zarysowanie gwarancji swobód podstawowych w konkretne, rozgraniczone prawa i obowiązki. Wymogi prawa pierwotnego są natomiast o wiele ogólniejsze i mogą zostać wypełnione na ogół na różne sposoby. Ta różna głębokość regulacji prowadzi z konieczności do treściowej kontrowersji pomiędzy prawem pierwotnym a w pełni sharmonizowanym prawem wtórnym, w szczególności pomiędzy „wynikającym z prawa pierwotnego przyzwoleniem" a „zakazem w prawie wtórnym" i odwrotnie.

109. W wymienionym powyżej orzecznictwie w przedmiocie niestosowania względów uzasadniających wynikających z prawa pierwotnego w zakresie, w jakim podlegają one pełnej harmonizacji, kontrowersja pomiędzy „wynikającym z prawa pierwotnego przyzwoleniem" a „zakazem w prawie wtórnym" rozstrzygnięta została na korzyść zakazu w prawie wtórnym, któremu zostało w ten sposób przyznane pierwszeństwo zastosowania. Na podstawie tego samego rozważenia interesów także ogólna kontrowersja pomiędzy abstrakcyjną pod względem treści i słabiej zarysowaną swobodą podstawową w prawie pierwotnym oraz opartym na niej przepisem prawa wtórnego, wprowadzającym pełną harmonizację, bardzo konkretnym i mocno zarysowanym, musi zostać rozstrzygnięta na korzyść tego przepisu prawa wtórnego [50], co Trybunał potwierdził poprzez orzeczenia prejudycjalne w utrwalonym już orzecznictwie [51].

50 — Jakkolwiek w wyroku w sprawie Danske Slagterier, przywołanym w przypisie 45, pkt 18 i nast., potwierdzona została możliwość powołania się przez obywateli na swobodę przepływu towarów pomimo istnienia dwóch dyrektyw harmonizujących, Trybunał nie wypowiedział się jednak w tym wyroku przeciwko pierwszeństwu stosowania prawa wtórnego w rozumieniu przyjętym w niniejszej sprawie. Jak podkreśliłam w mojej opinii z dnia 4 września 2008 r. w tej sprawie, pkt 82, nic nie wskazuje mianowicie na to, żeby prawodawca wspólnotowy chciał za pomocą tej dyrektywy kształtować również prawa obywateli Unii i chciał pozbawić ich możliwości powołania się na swobodę przepływu towarów z art. 28 WE.

51 — Zobacz w tym względzie wyroki przywołane w przypisie 48.

110. Wobec powyższych rozważań Komisja nie może zarzucać, w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego ogólnie naruszenia prawa pierwotnego, jeśli uzna, że działanie państwa członkowskiego mogło naruszyć zarówno przepisy prawa pierwotnego, jak i opartego na nich prawa wtórnego wprowadzającego pełną harmonizację.

111. To samo dotyczy sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, w której zarzucane jest naruszenie wynikającego z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług zakazu dyskryminacji oraz wynikającego z niego wymogu przejrzystości, pomimo że dyrektywy o zamówieniach publicznych mogą w pełni znajdować zastosowanie, zaś właśnie wymóg przejrzystości jest w tych dyrektywach uregulowany szczegółowo, a w niektórych miejscach ostatecznie. W wyniku bowiem niezwykle szczegółowej konkretyzacji w prawie wtórnym obowiązku przejrzystości, powstaje w tym miejscu również problem kontrowersji pomiędzy „przyzwoleniem wynikającym z prawa pierwotnego" a „zakazem w prawie wtórnym" i odwrotnie, która w świetle przedstawionej powyżej oceny musi zostać rozstrzygnięta na korzyść przepisów prawa wtórnego [52].

112. Wobec powyższych rozważań Komisja w przypadku takim jak w niniejszej sprawie nie może ograniczyć się do zarzucenia ogólnie naruszenia zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług.

113. Stwierdzenie to potwierdza bliższa analiza ratio legis postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego zgodnie z art. 226 WE. Postępowanie to pełni w istocie prawno-obiektywną funkcję, mianowicie funkcję jednolitego wykonywania i gwarantowania prawa wspólnotowego [53]. Celem postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego zgodnie z art. 226 WE nie jest zatem ukaranie państwa członkowskiego. Stwierdzenie, że określone działanie albo stan rzeczy jest niezgodny

52 — W tym kontekście należy przypomnieć, że w przypadku minimalnej harmonizacji określony zostaje minimalny standard, który państwa członkowskie mają osiągnąć. Jeśli państwa członkowskie przyjmą surowe przepisy dotyczące nakazanego postępowania i terminów, które muszą zostać zachowane dla zapewnienia zasady równego traktowania i wymogu przejrzystości, może powstać konflikt z prawem pierwotnym, które nie jest słabiej zarysowane, niż w przypadku pełnej harmonizacji.

53 — C. Gaitanides, w: H. von der Groeben, J. Schwarze, (red.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, art. 226 EG, pkt 2. Zobacz również H.W. Rengeling, A. Middeke/M. Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2. Aufl, München 2003, § 6 pkt 2.

z prawem wspólnotowym nie jest celem samym w sobie, lecz służy przede wszystkim osiągnięciu pewności co do tego, czy i w jakim zakresie prawo wspólnotowe zostało naruszone. Sądowe stwierdzenie naruszenia traktatu przez państwo członkowskie ma jednocześnie umożliwić stwierdzenie, jakie środki są sprzeczne z prawem wspólnotowym, oraz przywrócić lub stworzyć sytuację zgodną z prawem wspólnotowym [54].

114. Jeśli w postępowaniu takim jak niniejsze należy stwierdzić ogólnie, że Republika Federalna Niemiec poprzez zarzucane udzielenie zamówień naruszyła wynikające z prawa pierwotnego zakaz dyskryminacji i wymóg przejrzystości, bez wyjaśnienia, czy opisane usługi mieszane pod względem elementu dominującego wykazują cechy usług pierwszorzędnych, zaś dyrektywy o zamówieniach publicznych w konsekwencji znajdują pełne zastosowanie, nie będzie można później z pewnością stwierdzić, jakie środki były sprzeczne z prawem wspólnotowym, aby przywrócić lub stworzyć sytuację zgodną z prawem wspólnotowym. Jeśli mianowicie usługi ratunkowe podlegają w pełni dyrektywom o zamówieniach publicznych, spełnienie słabiej zarysowanego pod względem treści i mniej konkretnego wymogu przejrzystości, wynikającego z prawa pierwotnego, nie wystarczy do wypełnienia niezwykle szczegółowych wymogów dyrektyw o zamówieniach publicznych [55].

115. Na podstawie tych rozważań dochodzę do wniosku, że biorąc pod uwagę pierwszeństwo stosowania prawa wtórnego oraz cel postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego z art. 226 WE, zarzucane przez Komisję udzielenie zamówień przez miasto Magdeburg nie może podlegać ocenie w oparciu o wynikające z zasad swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego świadczenia usług kryterium zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości.

Dowód występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym dotyczącego udzielenia zamówień na usługi drugorzędne

116. Sytuacje czysto krajowe nie są co do zasady objęte zakresem zastosowania swobód podstawowych. Co za tym idzie, Komisja

54 — Zobacz C. Gaitanides, op.cit., przypis 53, pkt 12, który uważa, że w postępowaniu zgodnie z art. 226 WE nie chodzi o odpowiedzialność państwa członkowskiego w rozumieniu powszechnego prawa międzynarodowego, ani o zasądzenie, lecz o objektywne określenie sytuacji. Postępowanie to ma funkcję czysto porządkową oraz ma na celu wyłącznie zmuszenie państwa członkowskiego do zaprzestania dotychczasowych naruszeń traktatu. Napiętnowanie państwa uchybiającego traktatowi może być najwyżej skutkiem ubocznym, jednak nigdy celem postępowania.

55 — Wymóg przejrzystości wymaga bowiem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zagwarantowania wszystkim potencjalnym zleceniobiorcom odpowiedniego poziomu jawności, nie prowadzi jednak koniecznie do obowiązku przeprowadzenia przetargu; zob. wyroki: z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 25, oraz w sprawie Coname, przywołany w przypisie 42, pkt 21. W tym kontekście A. Egger, op.cit., przypis 36, pkt 147 i nast., wskazuje na okoliczność, że wymogi prawa pierwotnego pozostawiają państwom członkowskim większy zakres swobody niż dyrektywy o zamówieniach publicznych. Podnosi on przy tym słusznie, że nie tylko występują różnice w dokładności kontroli, lecz również wymogi prawa pierwotnego są ogólniejsze, a co za tym idzie w ogóle mniej surowe i mniej szczegółowe. Zobacz I.J van den Berge, De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies, *NTER* 2005, s. 241, 243, który ocenia, że art. 28, 43 i 49 WE nie pozwalają właściwie na wyprowadzenie powszechnie obowiązujących reguł dotyczących obowiązującego wymogu przejrzystości.

zarzucając naruszenie zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, musi przedstawić dowód występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym w przedmiocie udzielenia omawianych zamówień.

117. W wyroku z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Irlandii [56], Trybunał w odniesieniu do udzielania zamówień na usługi wymienione w załączniku I B do dyrektywy 92/50 podkreślił, że usługi takie podlegają co do zasady podstawowym zasadom prawa wspólnotowego w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, Komisja ma jednak również przedstawić dowód występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym w przedmiocie udzielenia danych zamówień. W związku z tym samo wskazanie istnienia skargi, która do niej wpłynęła w związku ze spornym zamówieniem, nie może być wystarczające w celu wykazania, że zamówienie to stanowiło niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, i stwierdzenia w związku z tym istnienia uchybienia [57].

118. Ta surowa kontrola występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym w przedmiocie udzielenia zamówień na drugorzędne usługi wynika, przynajmniej częściowo, z tego, że zamówienia na usługi wymienione w załączniku I B do dyrektywy 92/50 lub w załączniku II B do dyrektywy 2004/18, zgodnie z poglądem prawodawcy wspólnotowego, nie stanowią a priori przedmiotu zainteresowania o charakterze transgranicznym. Z tego względu dyrektywa 92/50 oraz dyrektywa 2004/18 ograniczają się w odniesieniu do tego rodzaju usług do nakazu ogłaszania ex post [58].

119. Skoro w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiazaniom państwa członkowskiego Komisja powinna przedstawić Trybunałowi dowody niezbędne do wykazania zaistnienia tego uchybienia, nie może ona obejść surowych wymogów wynikających z prawa pierwotnego dla dowodu występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym, które obowiązują przy udzielaniu zamówień na usługi mieszane o przeważającym elemencie drugorzędnym, poprzez rozmyślne pozostawienie bez odpowiedzi pytania o kwalifikację omawianych usług mieszanych z punktu widzenia dyrektyw o zamówieniach publicznych. Co za tym idzie, Komisja także w przypadku takim jak w niniejszej sprawie musi przedstawić dowód na występowanie zainteresowania o charakterze transgranicznym w przedmiocie udzielenia zamówień na omawiane usługi, co Trybunał stwierdził w swoim wyroku z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Irlandii w odniesieniu do usług o charakterze drugorzędnym.

120. Jako dowód występowania zainteresowania o charakterze transgranicznym w przedmiocie udzielenia zamówień przez miasto Magdeburg Komisja wymienia jedynie

56 — Wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, przywołany w przypisie 38, pkt 29 i nast.

57 — Tamże, pkt 34.

58 — Tamże, pkt 25. Zobacz również W. Frenz, *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin 2007, pkt 2116.

ogólną skargę dotyczącą udzielania zamówień na usługi ratunkowe w Niemczech, oraz gospodarcze znaczenie tych usług, przy czym ze względu na wysoką wartość tych zamówień należy, jej zdaniem, domniemywać wystąpienie żywego zainteresowania zagranicznych usługodawców. Te ogólne wywody Komisji, które nie odnoszą się w żaden sposób do udzielania zamówień przez miasto Magdeburg oraz są ponadto częściowo oparte na domniemaniach, nie spełniają wysokich wymagań stawianych dowodowi na występowanie zainteresowania o charakterze transgranicznym w przedmiocie udzielenia zamówień na usługi drugorzędne.

121. W braku dowodu na występowanie zainteresowania o charakterze transgranicznym, argument Komisji, według którego udzielanie zamówień przez miasto Magdeburg narusza również zakaz dyskryminacji i wymóg przejrzystości, wynikające z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, należy oddalić jako bezzasadny.

iii) Wnioski

122. W obliczu powyższych rozważań dochodzę do wniosku, że udzielenie zamówienia przez miasto Magdeburg stanowi naruszenie przez Republikę Federalną Niemiec art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18. W pozostałym zakresie argument Komisji dotyczący udzielania zamówień przez miasto Magdeburg należy odrzucić jako niedopuszczalny lub przynajmniej oddalić jako bezzasadny.

b) Przypadki udzielania zamówień przez miasta Bonn (Północna Nadrenia-Westfalia) i Witten (Północna Nadrenia-Westfalia), region Hannover (Dolna Saksonia) i okręg Hameln-Pyrmont (Dolna Saksonia)

123. W przedmiocie spornych przypadków udzielenia zamówienia przez miasta Bonn i Witten, region Hannover i okręg Hameln-Pyrmont Komisja podnosi co następuje.

124. W roku 2004 miasto Bonn jako instytucja zamawiająca udzieliło zamówienia na usługi ratunkowe na okres od 1 stycznia 2005 r. do 31 grudnia 2008 r., bez przeprowadzenia ogólnoeuropejskiego przetargu. Przedmiotem tego zamówienia było między innymi prowadzenie czterech centrów ratunkowych. Wartość zamówienia wynosiła co najmniej 5,28 mln EUR.

125. Co najmniej od 2005 r. miasto Witten, jako instytucja zamawiająca udzielało zamówień na usługi ratunkowe o wartości od 945753 EUR rocznie bez przeprowadzenia ogólnoeuropejskiego przetargu. Przedmiotem tych zamówień było prowadzenie centrum ratunkowego.

126. W 2004 r. region Hannover jako instytucja zamawiająca przeprowadził procedurę przetargową na świadczenie usług ratunkowych na swoim terytorium, w której mogli wziąć udział wyłącznie dotychczasowi zleceniobiorcy – Arbeiter-Samariter-Bund (zwany dalej: „ASB"), Niemiecki Czerwony Krzyż (zwany dalej: „DRK"), Johanniter-Unfallhilfe (zwany dalej: „JUH") oraz RKT GmbH. Zamówienie dotyczyło okresu od 1 stycznia 2005 r. do 31 grudnia 2009 r. oraz opiewało na całkowitą kwotę około 65 mln EUR.

127. W 1993 r. okręg Hameln-Pyrmont udzielił zamówienia na usługi ratunkowe na swoim terytorium dla okręgowego stowarzyszenia DRK. Zamówienie udzielone pierwotnie na okres dziesięciu lat nie zostało wypowiedziane, lecz w 2003 r. zostało przedłużone na kolejny okres dziesięcioletni bez przeprowadzenia przetargu. Ponadto w 1999 r. powstało nowe centrum ratunkowe w gminie Emmerthal, którego prowadzenie również zostało powierzone DRK bez przeprowadzenia przetargu. Całkowita wartość tych zamówień wynosiła 7,2 mln EUR rocznie.

128. To przedstawienie okoliczności faktycznych nie jest kwestionowane przez Republikę Federalną Niemiec.

129. Komisja zarzuca we wszystkich tych przypadkach naruszenie zasad dotyczących obowiązku publikacji udzielonych zamówień (art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18). Te naruszenia niewątpliwie nastąpiły.

130. Zarzucanego również przez Komisję w tych wszystkich przypadkach naruszenia zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, nie uważam natomiast za udowodnione. Ten zarzut skargi musi zostać oddalony ze względu na te same zastrzeżenia doktrynalne i dowodowe, które przedstawiłam powyżej w ramach analizy udzielenia zamówienia przez miasto Magdeburg [59].

c) Udzielenie zamówienia przez okręg Uelzen (Dolna Saksonia)

131. W przedmiocie udzielenia zamówienia przez okręg Uelzen Komisja wskazała, że DRK, na podstawie umowy z dnia 10 lipca

59 — Zobacz pkt 91 i nast. tej opinii.

1984 r., świadczył usługi ratunkowe na obszarze okręgu Uelzen za wyjątkiem obszaru Bevensen-Bienenbüttel. W roku 2004 wprowadzono do tej umowy istotne zmiany, które należy uznać za udzielenie nowego zamówienia. Przy tym ponownym udzieleniu zamówienia nie został zachowany wymóg wynikający z art. 16 dyrektywy 92/50. Ponadto w ramach tego ponownego udzielenia zamówienia, naruszone zostały zakaz dyskryminacji i wymóg przejrzystości, wynikające z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług.

132. Republika Federalna Niemiec podnosi, że wprowadzona w 2004 r. zmiana umowy wynikała z okoliczności, że okręg Uelzen w roku 1984 powierzył związkowi gminnemu Bevensen usługi ratunkowe na obszarze Bevensen-Bienenbüttel. W roku 2002 DRK przejął w drodze przejęcia zakładu całą służbę ratunkową w związku gminnym Bevensen. To spowodowało, że wprowadzone w 2004 r. pomiędzy okręgiem Uelzen a DRK zmiany w umowie, które nie były w zasadzie tak istotne, zostały uznane za nowe zamówienie istotne z punktu widzenia prawa zamówień publicznych. Skoro sporne zamówienie w konsekwencji pochodziło z 1984 r., a co za tym idzie zostało udzielone przed upływem terminu do dokonania transpozycji dyrektywy 92/50, nieprzestrzeganie tej dyrektywy nie może już być zarzucane.

133. Trybunał udzielił odpowiedzi na pytanie, na jakich warunkach zmiany w istniejącej umowie mogą być uznane za udzielenie nowego samodzielnego zamówienia w rozumieniu dyrektyw o zamówieniach publicznych w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie Pressetext Nachrichtenagentur [60]. Wskazał on w tym zakresie w szczególności, że zmiany w warunkach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia [61]. Zmiana pierwotnego zamówienia może zostać uznana za istotną m.in., jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane [62].

134. Z dokumentów i wyjaśnień przedstawionych przez rząd niemiecki wynika, że zamówienie publiczne z 2004 r. na świadczenie publicznych usług ratunkowych zostało poszerzone o obszar centrum ratunkowego Bevensen, co stanowi około jedną czwartą całkowitej powierzchni okręgu. Republika Federalna Niemiec przyznaje ponadto, że wartość zamówienia dla całego okręgu Uelzen opiewa na około 4 450 000 EUR rocznie, oraz że wartość usług ratunkowych

60 — Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 28 i nast.

61 — Tamże, pkt 34.

62 — Tamże, pkt 36.

świadczonych na obszarze interwencji centrum ratunkowego Bevensen wynosi przynajmniej 670 000 EUR rocznie [63].

135. Zmiany umowy, które zostały wynegocjowane w 2004 r. pomiędzy okręgiem Uelzen a DRK, doprowadziły w konsekwencji do tego, że zamówienie na świadczenie usług ratunkowych zostało poszerzone o dodatkowy obszar w tym okręgu, co spowodowało wzrost całkowitego obszaru interwencji o około 25%, zaś całkowitej wartości zamówienia o przynajmniej 15%. Z tego względu należy wynegocjowane w 2004 r. zmiany zamówienia uznać za istotne, co skutkuje uznaniem tej czynności za udzielenie nowego zamówienia na publiczne usługi ratunkowe w całym okręgu, które podlegało dyrektywie 92/50. Nieudokumentowane informacje Republiki Federalnej Niemiec dotyczące przejęcia działalności ratunkowej innego usługodawcy nie zmieniają w żaden sposób tej oceny.

136. W związku z tym nie jest sporne, że przy udzielaniu nowego zamówienia w 2004 r. nie został zachowany wymóg z art. 16 dyrektywy 92/50. Naruszenie przez Republikę Federalną Niemiec tego przepisu należy zatem uznać za dowiedzione.

137. Zarzucanego również przez Komisję naruszenia zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, nie uważam natomiast za udowodnione. Ten zarzut skargi musi zostać oddalony ze względu na te same zastrzeżenia doktrynalne i dowodowe, które przedstawiłam powyżej w ramach analizy udzielenia zamówienia przez miasto Magdeburg [64].

d) Przypadki udzielenia zamówienia przez związki ds. pogotowia ratunkowego Westsachsen (Saksonia), Chemnitz/Stollberg (Saksonia) i Vogtland (Saksonia)

138. W przedmiocie zarzucanych przypadków udzielenia zamówienia przez związki ds. pogotowia ratunkowego Westsachsen, Chemnitz/Stollberg i Vogtland Komisja podnosi co następuje.

139. Związek ds. pogotowia ratunkowego Westsachsen, jako instytucja zamawiająca, zawarł z ASB, DRK, JUH oraz Berufsfeuerwehr Zwickau umowy dotyczące świadczenia usług ratunkowych na okres 4 lat, o wartości zamówienia wynoszącej w sumie

63 — Replika Republiki Federalnej Niemiec z dnia 4 września 2008 r., pkt 22.

64 — Zobacz pkt 90 i nast. tej opinii.

7,9 mln EUR rocznie. Umowy te zostały w 2003 r. przedłużone o kolejne 4 lata bez przeprowadzenia przetargu. Po upływie tego okresu, umowy te zostały przedłużone do 31 grudnia 2008 r.

140. Związek ds. pogotowia ratunkowego Chemnitz/Stollberg jako instytucja zamawiająca zawarł z ASB, DRK, JUH oraz Berufsfeuerwehr Chemnitz umowy dotyczące świadczenia usług ratunkowych na okres odpowiednio 4 lat, o wartości zamówienia wynoszącej w sumie 3,3 mln EUR rocznie. Umowy te zostały w 2002 r. przedłużone o kolejne 4 lata bez przeprowadzenia przetargu. Po upływie tego okresu, umowy te zostały przedłużone do 31 grudnia 2008 r.

141. Związek ds. pogotowia ratunkowego Vogtland jako instytucja zamawiająca zawarł w 2002 r. i w 2004 r. z ASB, DRK, JUH, prywatną spółką świadczącą usługi ratunkowe Plauen oraz Berufsfeuerwehr Plauen, bez przeprowadzenia przetargu, umowy dotyczące świadczenia usług ratunkowych na okres 4 lat, o wartości zamówienia wynoszącej w sumie 3,9 mln EUR rocznie. Umowy te były zawarte na okres 4 lat, a po upływie tego okresu zostały bez przeprowadzenia przetargu przedłużone do 31 grudnia 2008 r.

142. Komisja zarzuca we wszystkich tych przypadkach naruszenie zasad dotyczących obowiązku publikacji udzielonych zamówień (art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18). Te naruszenia nastąpiły.

143. Nie podważa tego argument Republiki Federalnej Niemiec, że zamówienie w dziedzinie usług ratunkowych od czasu wejścia w życie Sächsischen Gesetzes über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (saskiej ustawy o ochronie przeciwpożarowej, służbie ratunkowej i ochronie w czasie katastrof) z dnia 1 stycznia 2005 r. musi być poprzedzone przeprowadzeniem procedury przetargowej. Republika Federalna Niemiec nie podważyła w szczególności ustaleń Komisji co do tego, że zamówienia we wszystkich zarzucanych przypadkach zostały przedłużone pod rządami starego przepisu do 31 grudnia 2008 r.

144. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, uchybienie powinno być oceniane na podstawie sytuacji mającej miejsce w państwie członkowskim w momencie upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii [65]. W niniejszej sprawie w konsekwencji miarodajny jest stan prawny z dnia 16 lutego 2007 r. W tamtym momencie zarzucane naruszenie

65 — Wyroki: z dnia 6 października 2009 r. w sprawie C-562/07 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-9553, pkt 23; z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-531/06 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-4103, pkt 98, oraz z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-319/06 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Zb.Orz. s. I-4323, pkt 72.

dyrektyw o zamówieniach publicznych miało miejsce.

145. Zarzucanego przez Komisję również w tych wszystkich przypadkach naruszenia zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, nie uważam natomiast za udowodnione. Ten motyw skargi musi zostać oddalony ze względu na te same zastrzeżenia doktrynalne i dowodowe, które przedstawiłam powyżej w ramach analizy udzielenia zamówienia przez miasto Magdeburg [66].

e) Wnioski

146. W obliczu powyższych rozważań dochodzę do wniosku, że w przedmiocie zarzucanych przypadków udzielenia zamówienia przez miasta Magdeburg, Bonn i Witten, region Hannover i okręgi Uelzen i Hameln-Pyrmont, a także przez związki ds. pogotowia ratunkowego Westsachsen, Chemnitz/Stollberg i Vogtland nastąpiło naruszenie przez Republikę Federalną Niemiec art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18. Dalej idących naruszeń zakazu dyskryminacji i wymogu przejrzystości, wynikających z zasad swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, nie uważam natomiast za udowodnione przez Komisję.

4. Niezgodna z prawem praktyka udzielania zamówień w Republice Federalnej Niemiec

147. W niniejszej sprawie Komisja podnosi, że podważane przez nią postępowania w sprawie zamówień publicznych wskazują na występowanie utrwalonej i powszechnej praktyki w zakresie udzielania zamówień. W związku z tym zmierza ona do ustalenia, że Republika Federalna Niemiec w wyniku niezgodnej z prawem praktyki udzielania zamówień naruszyła prawo wspólnotowe.

148. Jeśli występowanie niezgodnej z prawem zamówień publicznych praktyki w państwie członkowskim zostanie dowiedzione, może ona jako taka być przedmiotem zarzutów w ramach postępowania zgodnie z art. 226 WE [67]. W tym względzie Komisja przedstawiła w początkowej fazie szczegółowo uzasadnione skargi, wskazujące na powtarzające się uchybienia, co z kolei wskazuje

66 — Zobacz pkt 91 i nast. tej opinii.

67 — W tym kontekście należy wskazać jedynie na utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym nawet gdy mająca zastosowanie regulacja krajowa jest sama w sobie zgodna z prawem wspólnotowym, uchybienie może wynikać z istniejącej praktyki administracyjnej, która narusza to prawo. Zobacz wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-416/07 Niemcy przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-7883, pkt 24, z dalszymi odesłaniami.

na istnienie praktyki. Następnie do państwa członkowskiego należy odpieranie zarzutów co do naruszeń w konkretnej sprawie. W kolejnym etapie należy zbadać, czy udowodnione naruszenia można uważać za wystarczająco udokumentowany i szczegółowy dowód stosowania zarzucanej praktyki [68].

149. W niniejszej sprawie Komisja udowodniła, że miasta Magdeburg (Saksonia-Anhalt), Bonn (Północna Nadrenia-Westfalia) i Witten (Saksonia), region Hannover (Dolna Saksonia), okręg Uelzen (Dolna Saksonia) oraz okręg Pyrmont-Hameln (Dolna Saksonia), a także związki ds. pogotowia ratunkowego Westsachsen (Saksonia), Chemnitz/Stollberg (Saksonia) i Vogtland (Saksonia) przy udzielaniu zamówień na usługi ratunkowe nie przestrzegały zasad dotyczących obowiązku publikacji udzielonych zamówień zgodnie z art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18.

150. Komisja podniosła ponadto, że z przeprowadzonych przez nią badań wynika, iż w okresie pomiędzy 2001 r. a 2006 r. dla całej Republiki Federalnej Niemiec zostały ogłoszene jedynie dwa udzielone zamówienia. To przedstawienie okoliczności faktycznych nie zostało podważone przez Republikę Federalną Niemiec.

151. Na podstawie powyższych ustaleń należy zatem stwierdzić, że w krajach związkowych Saksonia-Anhalt, Północna Nadrenia-Westfalia, Dolna Saksonia i Saksonia występuje utrwalona i powszechna praktyka udzielania zamówień w zakresie usług ratunkowych, nierespektująca zasad dotyczących obowiązku publikacji udzielonych zamówień zgodnie z art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18.

152. Stwierdzenie takiej niezgodnej z prawem zamówień publicznych praktyki w krajach związkowych nie zostaje podważone przez podniesiony przez Republikę Federalną Niemiec argument, że w świetle dwóch postanowień Bundesgerichtshof z dnia 1 grudnia 2008 r. [69] kraje związkowe zobowiązane są do przeanalizowania i ponownego ukształtowania, z poszanowaniem prawa zamówień publicznych, swoich dotychczasowych procedur zamówień publicznych na usługi ratunkowe.

153. Jak już powyżej wskazałam, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, uchybienie powinno być oceniane na podstawie sytuacji mającej miejsce w państwie członkowskim w momencie upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii [70]. W konsekwencji w niniejszej sprawie miarodajny jest stan prawny na dzień 16 lutego 2007 r. W tym dniu

68 — Zobacz wyrok z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie C-489/06 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-1797, pkt 40 i nast.

69 — Postanowienie Bundesgerichtshof z dnia 1 grudnia 2008 r., X ZB 31/08. Zobacz w tym względzie pkt 28 tej opinii.

70 — Zobacz pkt 144 tej opinii.

zarzucane naruszenia dyrektyw o zamówieniach publicznych miały miejsce.

154. Z tego samego względu argument Republiki Federalnej Niemiec dotyczący zmian stanu prawnego w Saksonii, gdzie zrezygnowano z modelu przetargowego ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2009 r., w niniejszej sprawie nie ma już znaczenia.

155. Sporne jest jednak to, czy Komisja zarzuciła jedynie występowanie utrwalonej i powszechnej praktyki w zakresie zamówień publicznych w krajach związkowych Saksonia-Anhalt, Północna Nadrenia-Westfalia, Dolna Saksonia i Saksonia, czy też wskazała ona na tę praktykę w zakresie zamówień publicznych w tych czterech krajach związkowych jako na przykład utrwalonej i powszechnej praktyki w zakresie zamówień publicznych we wszystkich krajach związkowych.

156. Argument Komisji jest w tym zakresie wewnętrznie sprzeczny o tyle, o ile w swojej skardze wskazała ona wyraźnie, że ogranicza się ona do praktyki w zakresie udzielania zamówień publicznych w Saksonii-Anhalt, Północnej Nadrenii-Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii, chociaż sporna praktyka w zakresie udzielania zamówień publicznych występuje także w innych niemieckich krajach związkowych [71]. W swojej duplice Komisja domaga się natomiast stwierdzenia niezgodności z prawem zamówień publicznych tej praktyki dla całego obszaru Republiki Federalnej Niemiec [72].

157. W związku z tym należy przypomnieć, że nowe zarzuty, podniesione w toku postępowania są co do zasady niedopuszczalne [73]. W tym kontekście w ramach niniejszego postępowania należy oprzeć się na żądaniu zawartym w skardze oraz ograniczonym geograficznie, w ramach którego Komisja zarzuca jedynie występowanie omawianej praktyki w zakresie udzielania zamówień publicznych w landach Saksonia-Anhalt, Północna Nadrenia-Westfalia, Dolna Saksonia i Saksonia.

158. W obliczu moich powyższych rozważań dochodzę wreszcie do wniosku, że w przedmiocie zarzucanych przypadków udzielenia odpłatnych zamówień na świadczenie usług ratunkowych w krajach związkowych Saksonia-Anhalt, Północna Nadrenia-Westfalia, Dolna Saksonia i

71 — Zobacz pkt 10 skargi Komisji z dnia 15 kwietnia 2008 r. W pkt 5 tej skragi Komisja wskazała właśnie, że jej skarga ogranicza się do praktyki w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi ratunkowe zgodnie z modelem przetargowym, obowiązującym w większości niemieckich krajów związkowych.

72 — Zobacz pkt 17 i nast. dupliki Komisji z dnia 21 listopada 2008 r.

73 — Zobacz art. 42 § 2 regulaminu Trybunału Sprawiedliwości.

Saksonia Republika Federalna Niemiec naruszyła do dnia 31 stycznia 2006 r. art. 10 w związku z art. 16 dyrektywy 92/50 oraz od dnia 1 lutego 2006 r. art. 22 w związku z art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18.

VIII — Koszty

159. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu Trybunału kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Zgodnie z art. 69 § 3 ust. 1 regulaminu Trybunału w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron oraz w przypadkach szczególnych, Trybunał może postanowić, że każda ze stron poniesie własne koszty.

160. W niniejszej sprawie skarga Komisji jest tylko w części zasadna, proponuję zatem, aby Trybunał postanowił, że Komisja i Republika Federalna Niemiec pokrywają własne koszty.

IX — Wnioski

161. W świetle całości powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, aby orzekł, że:

1) w przedmiocie zarzucanych przypadków udzielenia odpłatnych zamówień na świadczenie usług ratunkowych w krajach związkowych Saksonia-Anhalt, Północna Nadrenia-Westfalia, Dolna Saksonia i Saksonia Republika Federalna Niemiec naruszyła do dnia 31 stycznia 2006 r. art. 10 w związku z art. 16 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi oraz od dnia 1 lutego 2006 r. - art. 22 w związku z art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

2) skarga zostaje oddalona w pozostałym zakresie,

3) Komisja Wspólnot Europejskich i Republika Federalna Niemiec pokrywają własne koszty.