NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY VERICA TRSTENJAK prednesené 11. februára 2010[1]

Obsah

I — Úvod ..... I - 3719

II — Právny rámec ..... I - 3719

A — Smernica 92/50 ..... I - 3719

B — Smernica 2004/18 ..... I - 3720

III — Skutkový stav ..... I - 3721

IV — Konanie pred podaním žaloby ..... I - 3722

V — Konanie pred Súdnym dvorom a návrhy účastníkov konania ..... I - 3722

VI — Hlavné tvrdenia účastníkov konania ..... I - 3723

VII — Právne posúdenie ..... I - 3725

A — Prípustnosť ..... I - 3725

1. Záchranné služby ako zmiešané služby v systéme smerníc o verejnom obstarávaní ..... I - 3726

2. Preformulovanie návrhov v žalobe ..... I - 3727

3. Záver ..... I - 3730

B — Dôvodnosť ..... I - 3730

1. Nemožnosť uplatniť výnimku z pôsobnosti uvedenej v článku 45 ods. 1 ES ..... I - 3730

2. Nemožnosť uplatnenia zdôvodnenia článkom 86 ods. 2 ES ..... I - 3736

1 — Jazyk prednesu: nemčina.

3. Analýza deviatich napadnutých verejných obstarávaní ..... I - 3739

a) Verejné obstarávanie mestom Magdeburg (Sasko-Anhaltsko) ..... I - 3739

i) Porušenie článku 16 smernice 92/50 resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18 ..... I - 3739

ii) Neporušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti obsiahnutých v primárnom práve ..... I - 3740

— Posúdenie dôvodnosti vzhľadom na predpoklad, že žalobný dôvod porušenia primárneho práva je čiastočne neprípustný ..... I - 3740

— Subsidiárne: posúdenie dôvodnosti pre prípad, že by bol žalobný dôvod nesplnenia povinností podľa primárneho práva vyhlásený v celom rozsahu za prípustný ..... I - 3741

Zásada prednosti sekundárneho práva ..... I - 3742

Preukázanie cezhraničného záujmu na zadaní zákaziek na neprioritné služby ..... I - 3747

iii) Záver ..... I - 3749

b) Prípady zadania zákaziek mestami Bonn (Severné Porýnie-Vestfálsko) a Witten (Severné Porýnie-Vestfálsko), regiónom Hannover (Dolné Sasko) a krajinským okresom Hameln-Pyrmont (Dolné Sasko) ..... I - 3749

c) Zadanie zákazky krajinským okresom Uelzen (Dolné Sasko) ..... I - 3750

d) Prípady zadania zákaziek záchrannými účelovými združeniami Westsachsen (Sasko), Chemnitz/Stollberg (Sasko) a Vogtland (Sasko) ..... I - 3752

e) Záver ..... I - 3754

4. Protiprávna prax verejného obstarávania v Spolkovej republike Nemecko I - 3754

VIII — Trovy konania ..... I - 3757

IX — Návrh ..... I - 3757

I — Úvod

1. Prejednávaná vec sa zakladá na žalobe o nesplnenie povinnosti členským štátom podľa článku 226 ES, ktorú podala Komisia a ktorou žiada Súdny dvor, aby určil, že Spolková republika Nemecko si tým, že nevyhlásila verejne, resp. nezadala transparentne zákazky na služby v oblasti verejnej záchrannej služby v spolkových krajinách Sasko-Anhaltsko, Severné Porýnie-Vestfálsko, Dolné Sasko a Sasko a že neboli uverejnené oznámenia o zadaných zákazkách, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú zo smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb [2] a zo smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby [3] a zároveň porušila zásady slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby (články 43 ES a 49 ES).

2 — Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322.
3 — Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132.

II — Právny rámec

A — *Smernica 92/50*

2. Podľa článku 3 ods. 2 smernice 92/50 obstarávatelia zabezpečia, aby nedošlo k diskriminácii žiadneho z poskytovateľov služieb.

3. Článok 10 smernice 92/50 stanovuje:

„Zmluvy, predmetom ktorých sú služby uvedené tak v prílohe I A, ako aj v prílohe I B, sa uzatvárajú v súlade s ustanoveniami kapitol [hláv – *neoficiálny preklad*] III až VI v tých prípadoch, keď hodnota služieb uvedených v prílohe I A je vyššia ako hodnota služieb uvedených v prílohe I B. V opačnom prípade sa uzatvárajú v súlade s článkami 14 a 16.“

4. Článok 16 smernice 92/50 znie:

„1. Obstarávatelia, ktorí uzavreli verejnú zmluvu alebo uskutočnili súťaž návrhov,

zašlú oznámenie o výsledkoch verejných obstarávaní Úradu pre vydávanie úradných publikácií Európskych spoločenstiev.

2. Tieto oznámenia budú uverejnené:

…“

B — *Smernica 2004/18*

5. Podľa článku 2 smernice 2004/18 verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne.

6. Článok 22 smernice 2004/18 stanovuje:

„Zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené tak v prílohe II A ako aj v prílohe II B, sa zadávajú v súlade s článkami 23 až 55, ak je hodnota služieb uvedených v prílohe II A vyššia ako hodnota služieb uvedených v prílohe II B. V ostatných prípadoch sa zákazky zadávajú v súlade s článkom 23 a článkom 35 ods. 4.“

7. Článok 35 ods. 4 smernice 2004/18 znie:

„Verejní obstarávatelia, ktorí zadali verejnú zákazku alebo uzatvorili rámcovú dohodu, pošlú oznámenie o výsledkoch zadávacieho konania najneskôr do 48 dní po zadaní zákazky alebo po uzatvorení rámcovej dohody.

…

V prípade verejných zákaziek na služby uvedené v prílohe II B verejní obstarávatelia v oznámení uvedú, či súhlasia s jeho uverejnením. Pre zákazky na takéto služby Komisia vypracuje pravidlá zostavovania štatistických správ na základe takýchto oznámení a pre uverejňovanie týchto správ podľa postupu ustanoveného v článku 77 ods. 2.

…“

pacientmi, za profesionálnej starostlivosti vozidlom záchrannej zdravotnej služby.

III — Skutkový stav

8. V Spolkovej republike Nemecko patrí právo týkajúce sa záchranných zdravotníckych služieb do zákonodarnej kompetencie spolkových krajín, ktoré využili svoje zákonodarné právomoci rozličným spôsobom.

9. Vo väčšine nemeckých spolkových krajín sa záchranné zdravotnícke služby poskytujú podľa duálneho systému, ktorý rozlišuje medzi verejnou záchrannou zdravotníckou službou a poskytovaním záchranných zdravotníckych služieb na základe povolení podľa zákonov spolkových krajín o záchranných zdravotníckych službách.

10. Verejná záchranná zdravotnícka služba zvyčajne zahŕňa poskytovanie neodkladných záchranných prepravných služieb, ako aj zdravotníckych prepravných služieb. Neodkladná záchranná prepravná služba zahŕňa prepravu zranených alebo chorých osôb v ohrození života vozidlom rýchlej lekárskej pomoci alebo vozidlom rýchlej zdravotnej pomoci. Kvalifikovaná zdravotnícka prepravná služba spočíva v preprave chorých, zranených alebo iných osôb odkázaných na pomoc iných, ktorí nie sú urgentnými

11. Viaceré spolkové krajiny sa rozhodli, že prenechajú výber poskytovateľov verejnej záchrannej zdravotnej služby jednotlivým mestám, krajinským okresom, záchranným účelovým združeniam a pod. Na tento účel tieto územnosprávne celky spravidla uzatvárajú s jednotlivými poskytovateľmi služieb zmluvy o celoplošnom zabezpečení obyvateľstva záchrannými službami. Ak odmeňovanie za poskytovanie služieb vykonávajú priamo územné celky, označuje sa relevantný zmluvný model ako „podriadený model“. Ak naopak odmeňovanie prebieha prostredníctvom vyberania odplaty úspešným uchádzačom priamo od pacientov, resp. zdravotných poisťovní, ide o takzvaný „koncesný model“.

12. Svojou žalobou Komisia namieta proti zadaniu zákaziek na služby v oblasti verejnej záchrannej služby v spolkových krajinách Dolné Sasko, Severné Porýnie-Vestfálsko, Sasko a Sasko-Anhaltsko, v ktorých sa stále uplatňuje podriadený model. Komisia najmä namieta, že v týchto spolkových krajinách spravidla neboli zákazky patriace do rozsahu pôsobnosti smerníc týkajúcich sa verejného obstarávania vyhlásené a transparentne zadané.

IV — Konanie pred podaním žaloby

13. Po tom, čo Komisia dostala viacero sťažností, informovala Spolkovú republiku Nemecko listom z 10. apríla 2006, že má podozrenie, že Spolková republika Nemecko pri zadaní odplatných zákaziek na záchranné služby v spolkových krajinách Severné Porýnie-Vestfálsko, Dolné Sasko, Sasko a Sasko-Anhaltsko porušila smernice verejného obstarávania a primárne právo. Zároveň Komisia informovala Spolkovú republiku Nemecku o tom, že pri zadaní koncesií na záchranné služby mohlo dôjsť k porušeniu zásady slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby. Preto bola vláda Spolkovej republiky Nemecko vyzvaná, aby sa na základe článku 226 ES vyjadrila k stanovisku Komisie do dvoch mesiacov.

14. Spolková republika Nemecko vo svojom stanovisku z 10. júla 2006 popiera tvrdené nesplnenie povinností vyplývajúcich z práva Spoločenstva. Navyše v Sasku došlo v roku 2005 k zmene zákona, takže aj v tejto spolkovej krajine najneskôr od 1. januára 2009 boli zákazky na záchranné služby zadávané vo verejnom obstarávaní, pri ktorom sa zohľadňujú zásady nediskriminačnej hospodárskej súťaže.

15. Listom z 15. decembra 2006 zaslala Komisia Spolkovej republike Nemecko svoje odôvodnené stanovisko. V ňom dospela definitívne ku konštatovaniu, že Spolková republika Nemecko si nesplnila, resp. stále neplní povinnosti vyplývajúce zo smerníc 92/50 a 2004/18, a porušila, resp. stále porušuje zásady slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby. Komisia preto vyzvala Spolkovú republiku Nemecko, aby prijala potrebné opatrenia na dosiahnutie súladu s uvedeným odôvodneným stanoviskom v lehote dvoch mesiacov od jeho doručenia.

16. Spolková republika Nemecko vo svojom stanovisku z 22. februára 2007 opätovne odmietla právny názor Komisie. Podľa nej nedošlo k porušeniu práva Spoločenstva ani v jednom prípade uvedenom Komisiou.

V — Konanie pred Súdnym dvorom a návrhy účastníkov konania

17. Keďže Spolková republika Nemecko nesplnila odôvodnené stanovisko, Komisia podala 15. apríla 2008 žalobu na základe článku 226 ES.

18. Komisia navrhuje, aby Súdny dvor rozhodol, že:

— Spolková republika Nemecko si tým, že nezverejnila oznámenia o zadaných zákazkách a nevyhlásila verejné zákazky na služby v oblasti verejnej záchrannej služby, resp. nezadala ich transparentne, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú zo smerníc 92/50/EHS a 2004/18/ES, a porušila zásady slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby (články 43 ES a 49 ES),

— Spolková republika Nemecko je povinná nahradiť trovy konania.

19. Spolková republika Nemecko navrhuje žalobu zamietnuť a zaviazať Komisiu na náhradu trov konania.

20. Uznesením zo 16. decembra 2008 predseda Súdneho dvora povolil vstup do konania Holandskému kráľovstvu ako vedľajšiemu účastníkovi konania na podporu návrhov Spolkovej republiky Nemecko. Holandské kráľovstvo navrhuje s cieľom podpory Spolkovej republiky Nemecko zamietnuť žalobu Komisie.

VI — Hlavné tvrdenia účastníkov konania

21. Podľa názoru Komisie sa v rôznych nemeckých spolkových krajinách pri zadávaní zákaziek v oblasti verejných neodkladných záchranných prepravných služieb, ako aj zdravotníckych prepravných služieb etablovala prax zadávať zákazky miestnym poskytovateľom v rozpore s právom verejného obstarávania bez celoeurópskeho vyhlásenia, resp. bez zabezpečenia primeranej transparentnosti.

22. S odkazom na deväť konkrétnych príkladov zadania zákaziek zo spolkových krajín Dolné Sasko, Severné Porýnie-Vestfálsko, Sasko a Sasko-Anhaltsko Komisia najprv zdôrazňuje, že za zadanie zodpovedné mestá, krajinské okresy a záchranné účelové združenia je potrebné považovať za verejných obstarávateľov v zmysle smerníc o verejnom obstarávaní. Navyše je potrebné považovať zákazky zadané v oblasti verejnej záchrannej služby za verejné odplatné zákazky, ktorých hodnota v prejednávaných prípadoch zreteľne prekračuje prahové hodnoty relevantné

pre uplatniteľnosť smernice 92/50, resp. 2004/18.

23. Ak boli tieto verejné zákazky zadané pred 31. januárom 2006, patria do rozsahu pôsobnosti smernice 92/50. Keďže sa týkali zmiešaných služieb, mali byť zadané v súlade s ustanoveniami odsekov III až IV, prípadne článkov 14 a 16 smernice 92/50, v závislosti od toho, či prevažovala hodnota prepravných služieb alebo zdravotníckych služieb. Pre zákazky, ktoré boli zadané po uplynutí lehoty na prebratie smernice 2004/18, obsahuje relevantnú právnu úpravu táto smernica.

24. Vzhľadom na skutočnosť, že vo všetkých uvedených príkladoch ide o zákazky s cezhraničným záujmom, Spolková republika Nemecko porušila taktiež zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti, ktoré sú zahrnuté v slobode usadiť sa a v slobode poskytovať služby.

25. Podľa názoru Komisie nie sú vytýkané porušenia len ojedinelými prípadmi, ale svedčia o všeobecnej praxi verejného obstarávania, ktorá porušuje právo Spoločenstva. Podľa nej toto posúdenie potvrdzuje veľmi malé množstvo celoeurópskych vyhlásení verejných obstarávaní na záchranné služby služieb, resp. oznámení o zadaných zákazkách.

26. Podľa názoru nemeckej vlády je zámer Komisie dosiahnuť žalobou týkajúcou sa jednotlivých postupov obstarávania v štyroch z celkového počtu šestnástich spolkových krajín rozsiahle odsúdenie praxe verejného obstarávania, neprípustná. Taktiež sú nesprávne rôzne skutkové tvrdenia Komisie.

27. Nemecká vláda sa okrem toho odvoláva na ustanovenie o výnimke podľa článku 45 ods. 1 ES v spojení s článkom 55 ES, podľa ktorej sa ustanovenia Zmluvy ES o slobode usadiť sa a slobode poskytovať služby nevzťahujú na činnosti, ktoré v členskom štáte súvisia, hoci len príležitostne, s výkonom verejnej moci, čo je prípad prejednávaných záchranných služieb. Keďže smernice verejného obstarávania nemajú právny základ v týchto dvoch kapitolách Zmluvy ES, tieto kapitoly sa na prejednávanú vec taktiež nevzťahujú.

28. Nemecká vláda subsidiárne tvrdí, že prejednávané záchranné služby, spĺňajú podmienky privilegovania podľa článku 86 ods. 2 ES. Keďže článok 86 ods. 2 ES nepredstavuje len výnimku z ustanovení o hospodárskej súťaži, ale aj z ďalších ustanovení Zmluvy ES, je žaloba Komisie aj z tohto pohľadu nedôvodná. Nakoniec nemecká vláda poukazuje na dve uznesenia Bundesgerichtshofu z 1. decembra 2008, podľa ktorých sa v súčasnosti aj pri zadávaní zákaziek na záchranné služby musí uplatňovať právo verejného obstarávania.

29. Holandská vláda vychádza z toho, že Spolková republika Nemecko neporušila ani smernice o verejnom obstarávaní, ani článok 43 ES a článok 49 ES. Prejednávané verejné záchranné služby je potrebné považovať za služby všeobecného hospodárskeho záujmu v zmysle článku 86 ods. 2 ES. Pritom je potrebné rešpektovať, že výnimka stanovená v článku 86 ods. 2 ES platí aj v oblasti základných slobôd. Nakoniec holandská vláda vysvetľuje možnosť uplatnenia výnimky podľa článkov 45 ES a 55 ES. Holandská vláda sa pritom prikláňa k názoru, že podmienky uplatnenia týchto ustanovení o výnimke môžu byť pri prejednávaných záchranných službách splnené.

VII — Právne posúdenie

A — *Prípustnosť*

30. Zvláštnym znakom konania o nesplnenie povinnosti podľa článku 226 ES je, že stanovenie predmetu konania v konaní pred podaním žaloby obmedzuje prípustný predmet žaloby súdneho konania nasledujúceho po podaní žaloby. Podľa ustálenej judikatúry odôvodnené stanovisko a nadväzujúca žaloba o nesplnenie povinnosti musia byť založené na tých istých žalobných dôvodoch a na tom istom odôvodnení, takže Súdny dvor nemôže skúmať žalobný dôvod, ktorý nebol uvedený v odôvodnenom stanovisku. [4]

31. Táto podmienka prípustnosti, ktorou sa zakazuje rozšírenie dôvodov žaloby v porovnaní s odôvodneným stanoviskom, slúži na ochranu práva na obranu dotknutého členského štátu, ktorému má byť daná možnosť splniť si povinnosti vyplývajúce mu z práva Spoločenstva a účelne sa brániť proti žalobným dôvodom Komisie. Zároveň sa odráža

4 — Pozri len rozsudky z 26. marca 2009, Komisia/Taliansko, C-326/07, Zb. s. I-2291, bod 29; z 24. júna 2004, Komisia/Holandsko, C-350/02, Zb. s. I-6213, bod. 20; z 11. mája 1989, Komisia/Nemecko, 76/86, Zb. s. 1021, bod 8, a zo 7. mája 1987, Komisia/Belgicko, 186/85, Zb. s. 2029, bod 13.

v tejto podmienke všeobecná procesnoprávna zásada, že prípadné sporové konanie musí mať jasne stanovený predmet sporu. [5]

32. Podľa môjho názoru Komisia v tomto konaní pri formulovaní svojich žalobných návrhov neprípustným spôsobom prekročila rámec vytýkaných skutočností formulovaných v odôvodnenom stanovisku. Na objasnenie a ohraničenie tohto neprípustného rozšírenia žaloby sa budem najprv venovať zaradeniu prejednávaných záchranných služieb v systéme smerníc o verejnom obstarávaní. Následne vysvetlím, ako Komisia preformulovala svoje požiadavky z odôvodneného stanoviska v žalobe a akým spôsobom bol týmto preformulovaním zmenený aj predmet konania.

33. Okolnosť, že Spolková republika Nemecko výslovne nenamietala neprípustnosť rozšírenia žaloby, nie je relevantná. Keďže pri zákaze rozšírenia predmetu sporu ide o podstatnú záruku stanovenú v Zmluve ES, ktorej dodržanie je podstatnou formálnou podmienkou konania o nesplnenie povinnosti členským štátom, [6] môže túto neprípustnosť konštatovať Súdny dvor aj z úradnej povinnosti bez námietky Spolkovej republiky Nemecko. [7]

1. Záchranné služby ako zmiešané služby v systéme smerníc o verejnom obstarávaní

34. Tak smernica 92/50, ako aj smernica 2004/18 rozlišujú medzi takzvanými prioritnými a neprioritnými službami. Prvé sú vymenované v prílohe I A smernice 92/50, ako aj v obsahovo totožnej prílohe II A smernice 2004/18 a zahŕňajú okrem iného služby v oblasti pozemnej dopravy. Druhé sú vymenované v prílohe I B smernice 92/50, ako aj v obsahovo totožnej prílohe II B smernice 2004/18 a zahŕňajú okrem iného služby v oblasti zdravotníctva. Podľa práva verejného obstarávania spočíva najdôležitejší rozdiel medzi prioritnými službami príloh IA, resp. II A a neprioritnými službami príloh I B, resp. II B v tom, že len na prioritné služby sa relevantná smernica verejného obstarávania vzťahuje v plnom rozsahu. [8] V súvislosti s neprioritnými službami je naopak

5 — Pozri rozsudky z 22. marca 2007, Komisia/Belgicko, C-437/04, Zb. s. I-2513, bod 39 a nasl., a Komisia/Holandsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 18 a nasl.

6 — Pozri len rozsudok z 27. apríla 2006, Komisia/Nemecko, C-441/02, Zb. s. I-3449, bod 59.

7 — *Argumentum a fortiori* z článku 92 ods. 1 Rokovacieho poriadku Súdneho dvora. V tomto zmysle aj KARPENSTEIN, KARPENSTEIN, in: GRABITZ, HILF: *Das Recht der Europäischen Union*. článok 226 ES, bod 82 (39. doplnené vydanie, stav júl 2009).

8 — Článok 8 smernice 92/50, ako aj článok 20 smernice 2004/18.

len stanovené, že pre ne platia ustanovenia o technických špecifikáciách a že obstarávatelia musia oznámiť Komisii výsledky verejného obstarávania. [9]

35. V tomto konaní nie je sporné, či sa majú prejednávané záchranné služby považovať za zmiešané služby, ktoré obsahujú aj prioritné aj neprioritné služby. Toto zaradenie vyplýva priamo z rozsudku Tögel [10], v ktorom záchranná preprava a zdravotnícka preprava v sprievode sanitára boli kvalifikované ako zmiešané služby v zmysle článku 10 smernice 92/50. [11] Pritom je potrebné považovať osobnú prepravu za prioritnú a zdravotnícku starostlivosť počas prepravy za neprioritnú službu.

36. Zmiešané zákazky na prioritné a neprioritné služby podliehajú podľa článku 10 smernice 92/50, resp. podľa článku 22 smernice 2004/18 plnej pôsobnosti relevantnej smernice o verejnom obstarávaní, ak je hodnota prioritnej služby vyššia ako hodnota neprioritnej služby. V opačnom prípade je potrebné zaobchádzať so zmiešanými zákazkami ako so zákazkami na neprioritné služby.

2. Preformulovanie návrhov v žalobe

37. V odôvodnenom stanovisku Komisia výslovne zohľadnila zmiešanú povahu prejednávaných záchranných služieb v rámci jej právneho posúdenia, ako aj pri formulovaní jednotlivých dôvodov.

38. Komisia v odôvodnenom stanovisku najmä tvrdila, že pri prejednávaných záchranných službách prevažujú dopravné služby v zmysle prílohy I A smernice 92/50, resp. prílohy II A smernice 2004/18, takže Spolková republika Nemecko pri zadaní týchto zákaziek porušila článok 10 v spojení s hlavami III až IV smernice 92/50 a od 1. februára 2006 článok 22 v spojení s článkom 23 až 55 smernice 2004/18. Ak by v niektorých z uvedených prípadov prevažovali zdravotnícke služby v zmysle prílohy I B smernice 92/50, resp.

9 — Článok 9 smernice 92/50, ako aj článok 21 smernice 2004/18.

10 — Rozsudok z 24. septembra 1998, Tögel, C-76/97, Zb. s. I-5357, bod 40.

11 — Osobná preprava patrí pod označenie „pozemná doprava“ v zmysle prílohy I A kategórie 2 smernice 92/50, resp. prílohy II A kategórie 2 smernice 2004/18. Zdravotná starostlivosť patrí pod označenie „zdravotnícke služby“ v zmysle prílohy I B kategórie 25 smernice 92/50, resp. prílohy II B kategórie 25 smernice 2004/18.

prílohy II B smernice 2004/18, Komisia subsidiárne vytýka porušenie článku 10 v spojení s článkom 16 smernice 92/50 a od 1. februára 2006 článku 22 v spojení s článkom 35 ods. 4 smernice 2004/18 a v každom prípade porušenie zásad slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby podľa článku 43 ES a článku 49 ES a v týchto zásadách zahrnutého zákazu diskriminácie.

39. Komisia vo svojej žalobe vedome nezodpovedala otázku, či sa prejednávané záchranné služby týkali najmä osobnej prepravy alebo skôr zdravotníckej starostlivosti. Podľa názoru Komisie na túto otázku teraz nie je potrebné odpovedať, pretože napadnutými postupmi verejného obstarávania boli v každom prípade porušené pravidlá týkajúce sa oznamovacej povinnosti o výsledku verejného obstarávania podľa článku 16 smernice 92/50, resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18, ako aj zákaz diskriminácie obsiahnutý v slobode usadiť sa a slobode poskytovať služby.

40. Komisia týmto preformulovaním žalobného návrhu neprípustným spôsobom zmenila predmet žaloby.

41. Zatiaľ čo Komisia vo svojom odôvodnenom stanovisku vychádzala z názoru, že zadaním zákaziek na záchranné služby bol porušený zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti založených na primárnom práve len v tých prípadoch, v ktorých prevažoval aspekt zdravotníckej starostlivosti, vychádza vo svojej žalobe z odlišného názoru, že zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti je potrebné dodržiavať pri obstarávaní prejednávaných záchranných služieb vždy. Na to sa však nevyhnutne vyžaduje, aby zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti mohli byť priamo porušené aj pri zadaní zákaziek na záchranné služby s prevažujúcim prepravných charakterom, čo nebolo v odôvodnenom stanovisku ani explicitne, ani implicitne namietané.

42. Rozšírenie predmetu konania teda spočíva v tom, že teraz sa namieta porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti, ktoré vyplývajú zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, aj pri verejnom obstarávaní zmiešaných záchranných služieb s prevažujúcim prepravným charakterom. V tomto rozsahu je potrebné prejednávanú žalobu označiť za neprípustnú.

43. Proti tomu nemožno namietať, že povinnosť vyhlásenia verejného obstarávania a oznamovacia povinnosť o výsledkoch

verejného obstarávania stanovené v smerniciach o verejnom obstarávaní predstavujú vlastne formuláciu zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich z primárneho práva v sekundárnom práve, a že Komisia v dôsledku toho svojou teraz žalobou odôvodnenou podľa primárneho práva obsahovo neprekročila námietky sformulované v odôvodnenom stanovisku. Rozhodujúce je totiž to, že Komisia vo svojej žalobe namieta porušenie primárneho práva v súvislosti so zmiešanými službami, v ktorých prevažujú prioritné služby, hoci v odôvodnenom stanovisku ešte tvrdila, že na tieto služby sa vzťahujú smernice o verejnom obstarávaní v plnom rozsahu a v dôsledku toho namietala len nesplnenie povinností vyplývajúcich z týchto smerníc. V dôsledku toho sa Spolková republika Nemecko v konaní pred podaním žaloby nemohla zaoberať otázkou, či zadanie zákaziek na poskytnutie záchranných služieb, ktoré sa týkajú hlavne osobnej prepravy, a preto sa na ne smernice o verejnom obstarávaní vzťahujú v plnom rozsahu, môže byť vlastne priamo posudzované podľa zásad zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich z primárneho práva. [12]

44. Ak by bola zmena žalobného základu, ktorú som vysvetlila, vyhlásená za prípustnú, viedlo by to k neprípustnému porušeniu práva na obranu Spolkovej republiky Nemecko, pretože by jej tým bola zobratá možnosť zaoberať sa už v priebehu konania pred súdnym konaním podstatnou otázkou, či a v akom rozsahu môže Komisia priamo oprieť svoje žalobné návrhy týkajúce sa zadania zmiešaných služieb s prevažujúcimi prioritnými službami o základ obsiahnutý v primárnom práve.

45. Na tomto mieste je taktiež potrebné poukázať na to, že sa zdá, že Komisia sa snažila vo svojej žalobe čiastočne vytýkať nesplnenie povinností vyplývajúcich z článku 2 smernice 2004/18 a že chcela dosiahnuť zodpovedajúce konštatovanie nesplnenia povinnosti zo strany Spolkovej republiky Nemecko Súdnym dvorom. [13] Ak by mali byť vykladané žalobné návrhy v tomto zmysle, je potrebné aj takýto žalobný návrh zamietnuť ako neprípustný, pretože nesplnenie povinností vyplývajúcich z článku 2 smernice 2004/18 nebolo v odôvodnenom stanovisku výslovne vytýkané.

12 — V tejto súvislosti sa vynára hlavne otázka, či posúdenie zadania prejednávaných zákaziek na základe zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti obsiahnutých v primárnom práve je v súlade zo zásadou prednosti sekundárneho práva, ako aj so zmyslom a účelom konania o nesplnenie povinnosti podľa článku 226 ES. V tejto súvislosti pozri bod 94 a nasl. týchto návrhov.

13 — Pod nadpisom „Porušenie článku 16 smernice 92/50/EHS a článku 35 ods. 4 smernice 2004/18/ES“ Komisia v bode 39 svojej žaloby z 15. apríla 2008 uvádza, že články 14 a 16 smernice 92/50, ako aj článok 23 a článok 35 ods. 4 smernice 2004/18 sú v prejednávanej veci v každom prípade uplatniteľné. V bode 40 následne vytýka nesplnenie povinností vyplývajúcich z článku 16 smernice 92/50, resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18. V bode 41 Komisia uvádza, že článok 3 ods. 2 smernice 92/50, ako aj článok 2 smernice 2004/18 sú v prejednávanej veci taktiež uplatniteľné, avšak bez toho, aby výslovne vytýkala ich porušenie alebo bez toho, aby uvádzala o týchto dvoch článkoch ďalšie tvrdenia. V zhrnutí svojich žalobných návrhov v bode 72 však Komisia vytýka porušenie článku 10 v spojení s článkom 16 smernice 92/50, ako aj článku 2 a 22 v spojení s článkom 35 ods. 4 smernice 2004/18.

3. Záver

46. Na základe týchto úvah som dospela k záveru, že prejednávanú žalobu o porušenie povinnosti je potrebné zamietnuť ako neprípustnú v rozsahu, v akom sa v nej vytýka porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti, ktoré vyplývajú zo slobody usadiť sa a poskytovať služby, aj pri verejnom obstarávaní záchranných služieb s prevažujúcim prepravným charakterom.

47. V prípade, že by Súdny dvor dospel k záveru, že Komisia svojou žalobou žiada aj určenie nesplnenia povinností vyplývajúcich z článku 2 smernice 2004/18, je potrebné tento žalobný návrh tiež zamietnuť ako neprípustný.

B — *Dôvodnosť*

48. Spolková republika Nemecko namieta proti žalobe o nesplnenie povinností podanej Komisiou tromi argumentačnými líniami. Nemecká vláda sa odvoláva v prvom rade na výnimku z pôsobnosti uvedenú v článku 45 ES a subsidiárne na zdôvodnenie článkom 86 ods. 2 ES. Po druhé nemecká vláda popiera niektoré Komisiou uvedené skutkové tvrdenia. Po tretie nemecká vláda odporuje návrhu Komisie na konštatovanie existencie praxe odporujúcej právu verejného obstarávania.

49. Na základe toho ďalej vysvetlím najprv problematiku zadávania zákaziek na záchranné služby vzhľadom na článok 45 ods. 1 ES v spojení s článkom 55 ES, ako aj následne vzhľadom na článok 86 ods. 2 ES. Potom budem jednotlivo skúmať deväť Komisiou napadnutých postupov zadávania zákaziek. Nakoniec sa budem venovať otázke, či závery tohto skúmania odôvodňujú konštatovanie praxe odporujúcej právu verejného obstarávania.

1. Nemožnosť uplatniť výnimku z pôsobnosti uvedenej v článku 45 ods. 1 ES

50. Podľa článku 45 ods. 1 ES v spojení s článkom 55 ES sa ustanovenia o práve usadiť sa a o práve poskytovať služby obsiahnuté v primárnom práve nevzťahujú na činnosti, ktoré v členskom štáte súvisia, hoci len

príležitostne, s výkonom štátnej moci. Ak určitá činnosť v členskom štáte súvisí s výkonom štátnej moci, je v dôsledku toho vyňatá z pôsobnosti slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby.

51. To isté platí pre ustanovenia sekundárneho práva, ktoré boli prijaté na vykonanie kapitoly o práve usadiť sa a o slobode poskytovať služby. Ak tieto akty sekundárneho práva upravujú aj činnosti, ktoré súvisia s výkonom verejnej moci, je potrebné prostredníctvom výkladu sekundárneho práva zlučiteľného so Zmluvou ES konštatovať, že tieto činnosti sú v dotknutom členskom štáte vyňaté z pôsobnosti tejto právnej úpravy. [14]

52. Ak by neodkladné záchranné prepravné služby, ako aj zdravotnícke prepravné služby, ktoré sú predmetom prejednávaných zadaní zákaziek, súviseli s výkonom štátnej moci v zmysle článku 45 ods. 1 ES, bolo by potrebné zamietnuť Komisiou vytýkané porušenie zásad slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby ako nedôvodné. Keďže navyše tak smernica 92/50, ako aj smernica 2004/18 boli prijaté na základe článku 47 ods. 2 ES a článku 55 ES, a preto na uplatnenie kompetenčných ustanovení kapitol o práve usadiť sa a slobode poskytovať služby obsiahnutých v primárnom práve, by bolo v tomto prípade potrebné zamietnuť aj žalobný dôvod nesplnenia povinností vyplývajúcich z týchto smerníc o verejnom obstarávaní ako nedôvodný.

53. Mne sa však zdá byť otázne, či poskytovanie neodkladných záchranných prepravných služieb, ako aj zdravotníckych prepravných služieb môže byť kvalifikované ako činnosť v zmysle článku 45 ods. 1 ES, ktorá súvisí, hoci len príležitostne, s výkonom štátnej moci.

54. V prvom rade je potrebné pripomenúť, že výklad pojmu „výkon štátnej [verejnej – *neoficiálny preklad*] moci“ v zmysle článku 45 ods. 1 ES patrí do oblasti práva Spoločenstva. Právny poriadok Spoločenstva sa totiž v zásade nesnaží definovať pojmy na základe jedného alebo viacerých vnútroštátnych právnych poriadkov, ak to nie je výslovne stanovené. [15]

14 — Pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Lenz 19. septembra 1991 vo veci Komisia/Grécko, C-306/89 (rozsudok z 10. decembra 1991, Zb. s. I-5863), bod 28. Pozri ďalej RANDELZHOFER, FORSTHOFF in GRABITZ, HILF: c. d., článok 45 Zmluvy ES, bod 14.

15 — Pozri rozsudky z 18. decembra 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône, C-314/06, Zb. s. I-12273, bod 21; z 22. mája 2003, Komisia/Nemecko, C-103/01, Zb. s. I-5369, bod 33, a z 2. apríla 1998, EMU Tabac a i., C-296/95, Zb. s. I-1605, bod 30.

55. Otázku, či činnosť súvisí s výkonom štátnej moci v zmysle článku 45 ods. 1 ES, je preto potrebné zodpovedať v rámci práva Spoločenstva na základe definície verejnej moci v zmysle tohto ustanovenia.

56. Podmienkou existencie súvislosti s výkonom štátnej moci v zmysle článku 45 ES je možnosť uplatňovať voči občanom špeciálne práva, výsostné privilégiá alebo donucovacie oprávnenia. [16]

57. Vzhľadom na zásadný význam základných slobôd pre vnútorný trh je článok 45 ods. 1 ES, prípadne v spojení s článkom 55 ES, potrebné vykladať ako výnimku zo zásady slobody usadiť sa, resp. slobody poskytovať služby reštriktívne. [17] Preto nie každá činnosť, v rámci ktorej môžu byť voči občanovi uplatňované špeciálne práva, výsostné privilégiá alebo donucovacie oprávnenia, umožňuje uplatnenie výnimky podľa článku 45 ods. 1 ES. Naopak, je nevyhnutné, aby účasť na výkone štátnej moci mala dostatočnú intenzitu a bola priama.

58. Skutkový atribút „výkon štátnej moci“ v zmysle článku 45 ods. 1 ES vyžaduje inými slovami dostatočne kvalifikovaný výkon špeciálnych práv, výsostných privilégií alebo donucovacích oprávnení. Takéto kvalitatívne hodnotenie účasti na výsostných úlohách zhrnul Súdny dvor v požiadavke, že uplatnenie článku 45 ods. 1 ES, prípadne v spojení s článkom 55 ES vyžaduje „priamu“ a „špecifickú“ účasť na výkone verejnej moci. [18]

59. Preto Súdny dvor vo svojom rozsudku z 29. októbra 1998, Komisia/Španielsko [19] v rámci zodpovedania otázky, či činnosti súkromných poskytovateľov bezpečnostných služieb v Španielsku súvisia s výkonom štátnej moci, zdôraznil, že dokonca aj vtedy, ak takéto súkromné bezpečnostné sily mali v určitých situáciách posilniť verejné bezpečnostné sily, súkromné bezpečnostné sily vykonávali len pomocné činnosti. Preto sa súkromní

16 — Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Mayras 28. mája 1974 vo veci Reyners, 2/74 (rozsudok z 21. júna 1974, Zb. s. 631, 665).

17 — Takéto obmedzujúce chápanie potvrdzuje Súdny dvor v súčasnej ustálenej judikatúre s odkazom na to, že pri posudzovaní výnimiek zo slobody usadiť sa stanovených v článku 45 ES treba zohľadniť komunitárny charakter obmedzení, ktoré tento článok pri výnimkách tejto slobody pripúšťa. Pozri len rozsudok z 22. októbra 2009, Komisia/Portugalsko, C-438/08, Zb. s. I-10219, bod 35.

18 — Pozri len rozsudky Komisia/Portugalsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 17, bod 36, ako aj z 30. marca 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Zb. s. I-2941, bod 46, a z 13. júla 1993, Thijssen, C-42/92, Zb. s. I-4047, bod 22.

19 — C-114/97, Zb. s I-6717, bod 38 a nasl.

poskytovatelia bezpečnostných služieb nezúčastňujú „priamo a špecificky“ na výkone štátnej moci. Toto riešenie navrhol generálny advokát Alber vo svojich návrhoch v tejto veci s odkazom na to, že rozlišovanie medzi hlavnými a pomocnými funkciami nemožno chápať ako kvantitatívne, ale ako kvalitatívne kritérium a že medzi oprávneniami verejných bezpečnostných síl a súkromných bezpečnostných síl existuje podstatný rozdiel. [20]

60. Rovnako prísne rozhodol Súdny dvor naposledy vo svojom rozsudku z 22. októbra 2009, Komisia/Portugalsko [21], v ktorom rozhodol, že na sporné činnosti technickej kontroly vozidiel vykonávané súkromnými subjektmi sa výnimka stanovená v článku 45 ES nevzťahuje, hoci tieto subjekty vydávali osvedčenia o nimi vykonaných technických prehliadkach a v tejto súvislosti vykonávali aj právomoci verejnej moci. Tento výkon právomocí verejnej moci však nespĺňa kvalitatívne kritérium „priamej a špecifickej“ účasti na výkone štátnej moci v zmysle článku 45 ES. V tejto súvislosti poukázal Súdny dvor na jednej strane na to, že vydaním osvedčenia boli z relevantnej technickej prehliadky vyvodené len právom stanovené následky bez toho, aby subjekty vykonávajúce technickú prehliadku mali skutočnú rozhodovaciu autonómiu. Navyše rozhodnutia o udelení alebo neudelení osvedčenia o technickej kontrole boli prijaté v rámci priameho štátneho dohľadu. [22]

61. Predtým Súdny dvor už v súvislosti s preskúmaním možnosti uplatnenia výnimky z pôsobnosti podľa článku 45 ES v prípade audítorov poisťovacích subjektoch a súkromných dôchodkových poisťovní konštatoval, že vykonávanie výlučne pomocných a prípravných úloh pre určitý subjekt, ktorý skutočne vykonáva verejnú moc tým, že prijíma konečné rozhodnutia, nemožno považovať za účasť na výkone verejnej moci v zmysle tohto ustanovenia o výnimke. [23]

62. Zhrňujúco je potrebné konštatovať, že podľa v súčasnosti ustálenej judikatúry musia byť na „výkon štátnej [verejnej – *neoficiálny preklad*] moci“ v zmysle článku 45 ods. 1 ES

20 — Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Alber 7. mája 1998 vo veci Komisia/Španielsko, C-114/97 (rozsudok z 29. októbra 1998, Zb. s. I-6717), bod 27 a nasl. Konštatovanie, že činnosti poskytovateľov strážnych a bezpečnostných služieb obvykle nepredstavujú priamu a špecifickú účasť na výkone verejnej moci, bolo potvrdené v rozsudkoch z 13. decembra 2007, Komisia/Taliansko (C-465/05, Zb. s. I-11091, bod 31 a nasl.); z 31. mája 2001, Komisia/Taliansko (C-283/99, Zb. s. I-4363, bod 20 a nasl.), a z 9. marca 2000, Komisia/Belgicko (C-355/98, Zb. s. I-1221, bod 25 a nasl.).

21 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 17.

22 — K rovnakému záveru dospel Súdny dvor už v rozsudkoch z 29. novembra 2007, Komisia/Nemecko (C-404/05, Zb. s. I-10239, bod 39 a nasl.) a Komisia/Rakúsko, C-393/05 (Zb. s. I-10195, bod 37 a nasl.), v rámci posúdenia činností súkromných subjektov kontroly ekologických poľnohospodárskych výrobkov.

23 — Rozsudok Thijssen, už citovaný v poznámke pod čiarou 18, bod 17 a nasl. Pozri tiež rozsudok Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, už citovaný v poznámke pod čiarou 18, bod 44 a nasl., v súvislosti s určitými činnosťami poradenstva a asistencie v daňových otázkach prostredníctvom Centri di Assistenza Fiscale v Taliansku.

kladené vysoké kvalitatívne nároky, pre ktoré doteraz odvolania na článok 45 ES skoro bez výnimky stroskotali. [24]

63. Aj v prejednávanej veci sa mi zdá, že poskytovatelia neodkladných záchranných prepravných služieb, ako aj zdravotníckych prepravných služieb sa síce v obmedzenom rozsahu podieľajú na výkone verejnej moci, avšak táto účasť nevykazuje potrebné kvalitatívne znaky pre uplatnenie článku 45 ES.

64. Spolková republika Nemecko odôvodňuje účasť na výkone verejnej moci po prvé tým, že sporné zmluvy je potrebné podľa nemeckého práva kvalifikovať ako verejno-právne zmluvy. Po druhé Spolková republika Nemecko zdôrazňuje špeciálne oprávnenia záchranných zdravotníckych služieb podľa cestného práva a práva o cestnej doprave, ktoré spočívajú najmä v tom, že použitím výstražného modrého svetla a zariadenia na vydávanie výstražného zvukového signálu vydáva iným účastníkom cestnej premávky príkazy, ktoré musia títo iní účastníci rešpektovať a ktorých nedodržanie môže byť sankcionované uložením pokuty. Spolková republika Nemecko po tretie uvádza, že záchranné služby sa často zúčastňujú na organizovaní záchranných služieb a na plnení špeciálnych úloh v oblasti ochrany pred požiarmi a civilnej ochrany a podporujú aj policajnú bezpečnostnú ochranu poskytovaním záchranných prostriedkov v rámci opatrení verejnej bezpečnosti. Po štvrté Spolková republika Nemecko zdôrazňuje menovanie personálu záchrannej služby za správnych výkonných úradníkov, ktoré je často stanovené právom spolkových krajín.

65. Tieto argumenty nie sú presvedčivé.

66. Prvým argumentom Spolková republika Nemecko neberie do úvahy zásadu, že právny poriadok Spoločenstva v zásade nedefinuje pojmy na základe jedného alebo viacerých vnútroštátnych právnych poriadkov. [25] Okolnosť, že sporné záchranné služby by mali byť podľa nemeckého práva organizované verejno-právne, nie je pre zodpovedanie otázky, či tieto záchranné služby patria do rozsahu pôsobnosti článku 45 ES, relevantná.

67. Hoci Spolková republika Nemecko následne správne vychádza z domnienky, že použitie výstražného modrého svetla

24 — Okrem už uvedených rozsudkov pozri rozsudok z 18. decembra 2007, Jundt, C-281/06, Zb. s. I-12231, bod 35 a nasl., týkajúci sa pedagogickej činnosti z poverenia univerzity.

25 — Pozri bod 54 a nasl. týchto návrhov.

a zariadenia na vydávanie výstražného zvukového signálu záchrannou službou je potrebné hodnotiť ako výkon špeciálneho oprávnenia, konkrétna podoba tohto špeciálneho oprávnenia podľa môjho názoru nedosahuje intenzitu, ktorá je podľa ustálenej judikatúry potrebná pre uplatnenie článku 45 ES. Uvedené špeciálne oprávnenia sa totiž obmedzujú na to, že na jednej strane vozidlá záchrannej služby môžu byť špeciálne upravené a vybavené modrým výstražným svetlom a zariadením na vydávanie výstražného zvukového signálu a na druhej strane môžu tieto vozidlá za určitých podmienok v cestnej premávke požadovať od iných účastníkov cestnej premávky prednosť, pričom nedodržanie týchto špeciálnych oprávnení sa považuje za priestupok, za ktorý je možné uložiť pokutu. Tieto relatívne slabo sa prejavujúce špeciálne oprávnenia podľa môjho názoru nespĺňajú už vysvetlené vysoké kvalitatívne požiadavky na výkon verejnej moci v zmysle článku 45 ES.

68. V tejto súvislosti nie je presvedčivá ani nemeckou vládou uvedená účasť záchranných služieb na organizovaní záchranných služieb a na požiarnej a civilnej ochrane, ako aj poskytovanie záchranných prostriedkov na podporu bezpečnostných orgánov a orgánov požiarnej ochrany. V tejto súvislosti je potrebné na jednej strane poukázať na to, že poskytnutie záchranných prostriedkov na podporu bezpečnostných orgánov je spravidla potrebné hodnotiť len ako pomocnú a prípravnú činnosť, ktorá podľa už vysvetlenej judikatúry nemôže predstavovať priamu účasť na výkone verejnej moci. Dokonca ani ak by príklady účasti záchranných služieb na organizovaní záchranných služieb, ako aj na požiarnej a civilnej ochrane, [26] ktoré uviedla Spolková republika Nemecko, prekračovali len čisto pomocné a prípravné činnosti, ani vtedy by tieto činnosti nespĺňali už vysvetlené vysoké nároky na výkon verejnej moci v zmysle článku 45 ES.

69. Argument možného menovania personálu záchrannej služby za správnych výkonných úradníkov, ktoré je často stanovené právom spolkových krajín, stroskotáva nakoniec už na konštatovaní, že podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora rozšírenie výnimky povolenej článkami 45 ES a 55 ES na povolanie ako celok nebude prípustné, ak činnosti, ktoré za určitých podmienok súvisia s výkonom verejnej moci, celkovo predstavujú oddeliteľnú časť dotknutej profesijnej činnosti. [27]

70. Po vyššie uvedenom prichádzam k záveru, že sporné poskytovanie záchranných služieb

26 — Ako príklady verejných služieb, ktoré uskutočňujú poskytovatelia záchranných služieb, poukazuje Spolková republika Nemecko na opatrenia evakuácie, opatrení na zabezpečenie a uzatvorenie lokality v naliehavých prípadoch a všeobecne na účasť poskytovateľov záchranných služieb na plánovaní, organizovaní a správe záchranných služieb, v rámci ktorých majú napríklad právo uložiť tretím osobám povinnosť poskytnutia informácií alebo oznamovaciu povinnosť, alebo môžu rozhodovať o zapojení iných poskytovateľov profesionálnych služieb.

27 — Rozsudky Komisia/Nemecko, už citovaný v poznámke pod čiarou 22, bod 47, a Komisia/Rakúsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 22, bod 45.

samo osebe neznamená priamu a špecifickú účasť na výkone verejnej moci. Výnimka z pôsobnosti uvedená v článku 45 ES sa preto netýka prejednávanej veci.

2. Nemožnosť uplatnenia zdôvodnenia článkom 86 ods. 2 ES

71. S odkazom na rozsudok Ambulanz Glöckner [28] Spolková republika Nemecko subsidiárne uvádza, že záchranné služby je potrebné považovať za služby všeobecného hospodárskeho záujmu v zmysle článku 86 ods. 2 ES, pričom v tomto ustanovení obsiahnuté zdôvodnenie možno bez výhrad preniesť na oblasť slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby.

72. Táto argumentácia sa mi nezdá byť presvedčivá.

73. So Spolkovou republikou Nemecko je potrebné súhlasiť v rozsahu, v akom tvrdí, že Súdny dvor v rozsudkoch z 23. októbra 1997, Komisia/Holandsko [29], a z 18. júna 1998, Corsica Ferries France [30], vyhlásil zdôvodnenie článkom 86 ods. 2 ES za uplatniteľné aj pre štátne opatrenia, ktoré neboli v súlade s ustanoveniami Zmluvy ES o voľnom pohybe tovaru, resp. o slobode poskytovať služby a tým potvrdil, že článok 86 ods. 2 ES môže byť použitý na zdôvodnenie porušení článku 86 ods. 1 ES v spojení zo základnými slobodami. [31]

74. Vzhľadom na nový vývoj v judikatúre Súdneho dvora sa však najprv vynára otázka, či rozsudky Komisia/Holandsko a Corsica Ferries France si v tomto bode môžu ešte nárokovať neobmedzenú platnosť. Podľa najnovšej judikatúry skutočnosť, že určitá činnosť je vzhľadom na jej konkrétnu podobu vylúčená z rozsahu pôsobnosti pravidiel hospodárskej súťaže neznamená nevyhnutne, že je vylúčená aj z rozsahu pôsobnosti ustanovení o voľnom pohybe. [32]

75. Vzhľadom na to sa vynára otázka, či smerovanie judikatúry o uplatniteľnosti článku 86 ods. 2 ES v oblasti základných slobôd, ktoré

28 — Rozsudok z 25. októbra 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Zb. s. I-8089.

29 — Rozsudok C-157/94, Zb. s. I-5699, bod 27 a nasl.

30 — Rozsudok C-266/96, Zb. s. I-3949, bod 59.

31 — V tomto zmysle aj MESTMÄCKER, SCHWEITZER in IMMENGA, MESTMÄCKER: *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. vydanie, München 2007, článok 86 ods. 2 EHS, bod 42; PERNICE, WERNICKE,: GRABITZ, HILF: c. d., článok 86 EHS, bod 53.

32 — Rozsudok z 11. decembra 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union (nazývaný „Viking Line"), C-438/05, Zb. s. I-10779, bod 53. Pozri aj rozsudok z 18. júla 2006, Meca-Medina, C-519/04 P, Zb. s. I-6991, body 31 až 34.

začalo rozsudkami Komisia/Holandsko a Corsica Ferries France by nemalo byť prehodnotené, najmä keď sa zdá, že Súdny dvor takúto uplatniteľnosť vo svojej staršej judikatúre ešte vylučoval. [33]

76. V prejednávanej veci však túto otázku nie je potrebné ďalej rozoberať. Spolková republika Nemecko totiž zlyháva už na dôkaze, že sú ako také splnené požiadavky uplatnenia článku 86 ods. 2 ES.

77. Členský štát, ktorý sa odvoláva na článok 86 ods. 2 ES, má povinnosť dokázať, že sú splnené podmienky tohto ustanovenia. [34]

78. V súvislosti s podmienkami tohto ustanovenia vyžaduje článok 86 ods. 2 ES v prejednávanej veci dôkaz, že sporné záchranné služby je potrebné považovať za služby všeobecného hospodárskeho záujmu, že zmena vytýkanej praxe zadávania zákaziek podľa práva Spoločenstva by poskytovanie týchto služieb právne alebo skutočne znemožnila alebo ohrozila a že rozvoj obchodu nie je napadnutou praxou ovplyvnený v rozsahu nezlučiteľnom zo záujmami Spoločenstva.

79. Hoci za nesporné možno považovať to, že neodkladné záchranné prepravné služby je potrebné považovať za služby všeobecného hospodárskeho záujmu v zmysle článku 86 ods. 2 ES, [35] Spolková republika Nemecko v prejednávanej veci ešte musí preukázať, že napadnutá prax zadávania zákaziek je nevyhnutne potrebná a že splnenie úlohy poskytovať sporné záchranné služby preto nemôže byť zabezpečené inými prostriedkami zlučiteľnými s právom Spoločenstva.

80. V tejto súvislosti Spolková republika len uvádza, že integrácia stále nových poskytovateľov záchranných služieb do systému záchranných služieb určitého regiónu by mohla sťažiť alebo zabrániť krížovému dotovaniu medzi oblasťami s hustou zástavbou, v ktorých je poskytovanie záchranných služieb skôr ziskové, v prospech oveľa menej ziskových oblastí s nízkou hustotou obyvateľstva. Navyše je ochrana v Nemecku pôsobiacich

33 — Rozsudok z 10. júla 1984, Campus Oil a i., 72/83, Zb. s. 2727, bod 19.

34 — Pozri len rozsudok z 23. októbra 1997, Komisia/Francúzsko, C-159/94, Zb. s. I-5815, bod 101.

35 — Pozri len rozsudok Ambulanz Glöckner, už citovaný v poznámke pod čiarou 28, bod 55.

členských pomocných organizácií, ktorá je obsiahnutá v súčasnej praxi zadávania zákaziek, potrebná, pretože tieto organizácie majú povinnosť poskytovať pomoc v prípade katastrôf. Len tieto organizácie preto zabezpečujú, že v prípade katastrofy možno využiť pomoc množstva v blízkosti sídliacich dobrovoľných pomocníkov, pričom títo pomocníci využívajú možnosť pravidelne získavať v záchrannej službe praktické skúsenosti.

81. Proti argumentu krížového dotovania Komisia vo svojom vyjadrení namietala, že tvrdenie, že organizácie poskytujúce záchranné služby potrebujú krížové dotovanie, aby zabezpečili poskytovanie služieb v menej ziskových oblastiach spôsobom prinášajúcim zisk, nie je argumentom proti vyhláseniu verejného obstarávania na záchranné služby v súlade s právom Spoločenstva. Odlišná výnosnosť určitých území by mohla byť zohľadnená vyššou odplatou za menej výnosné územia. Iná možnosť spočíva v kombinovaných verejných obstarávaniach na neodkladné záchranné prepravné služby a zdravotnícke prepravné služby pre také geografické oblasti, ktoré zahŕňajú aj ziskové, aj menej ziskové oblasti.

82. V odpovedi na vyjadrenie Spolková republika Nemecko netvrdila, že tieto alternatívy verejného obstarávania prednesené Komisiou by pri zohľadnení relevantných faktických a právnych podmienok mohli sťažiť alebo dokonca znemožniť splnenie úlohy poskytovať neodkladné záchranné prepravné služby. Vzhľadom na to je potrebné argument nevyhnutnosti napadnutej praxe zadávania zákaziek z dôvodu, že z neho vyplýva krížové dotovanie, zamietnuť ako nedostatočne podložený.

83. To isté platí pre argument týkajúci sa množstva v blízkosti sídliacich dobrovoľných pomocníkov. V tejto súvislosti poukázala Komisia ako na alternatívu zlučiteľnú s právom verejného obstarávania na možnosť vyhlásiť verejné obstarávanie, pri ktorom by ako výberové kritérium bola zohľadnená územná dostupnosť. Ani proti tejto možnosti Spolková republika Nemecko vo svojej odpovedi k vyjadreniu nenamietala dostatočne podloženými argumentmi.

84. Vzhľadom na tieto úvahy prichádzam k záveru, že Spolková republika Nemecko si nesplnila povinnosť predložiť dôkaz, že v prejednávanej veci sporná prax zadávania zákaziek na záchranné služby spĺňa podmienky článku 86 ods. 2 ES. Jej odvolanie

sa na článok 86 ods. 32 ES je preto potrebné zamietnuť ako nedôvodné už na základe tohto dôvodu.

záchranné služby. Predmetom plnenia bolo zabezpečenie vozidiel a personálu pre neodkladné záchranné prepravné služby, resp. zdravotníckych prepravných služieb na obdobie rokov 2007 až 2011, s hodnotou zákazky vyše 7 miliónov eur za rok. Celoeurópske verejné obstarávanie sa nemalo uskutočniť.

3. Analýza deviatich napadnutých verejných obstarávaní

87. Spolková republika Nemecko proti tomuto opisu skutkového stavu neodporovala.

85. Komisia napáda deväť postupov verejného obstarávania na záchranné služby v štyroch spolkových krajinách. Na tomto základe navrhuje konštatovať, že prax verejného obstarávania v Spolkovej republike Nemecko je protiprávna. Keďže protiprávna prax môže existovať len vtedy, ak v rámci uskutočnenia jednotlivých napadnutých postupov verejného obstarávania bolo skutočne porušené právo Spoločenstva, najprv preskúmam, či a v akom rozsahu možno pri zadaní jednotlivých zákaziek konštatovať porušenia Komisiou uvedených právnych ustanovení a zásad.

88. Týmto zadaním zákazky Spolková republika Nemecko podľa názoru Komisie porušila článok 16 smernice 92/50, resp. článok 35 ods. 4 smernice 2004/18. Navyše bol týmto zadaním porušený aj zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti, ktoré sú zahrnuté v slobode usadiť sa a slobode poskytovať služby.

a) Verejné obstarávanie mestom Magdeburg (Sasko-Anhaltsko)

i) Porušenie článku 16 smernice 92/50 resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18

86. Podľa údajov Komisie mesto Magdeburg ako verejný obstarávateľ uskutočnilo od októbra 2005 takzvané „schvaľovacie konanie“ o zadaní odplatných zákaziek na

89. Súhlasím s Komisiou v tom rozsahu, že napadnutým zadaním zákazky mestom Magdeburg v každom prípade došlo k porušeniu

článku 16 smernice 92/50, resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18.

90. Podľa nespochybnených údajov Komisie uzatvorilo mesto Magdeburg ako verejný obstarávateľ v zmysle smerníc o verejnom obstarávaní s poskytovateľom služieb písomnú odplatnú zmluvu o poskytnutí záchranných služieb, ktorej predpokladaná hodnota prekračuje finančné limity smernice 92/50, resp. smernice 2004/18. Hoci nebolo presne zistené, v akom období sa aké postupy relevantné z pohľadu verejného obstarávania uskutočnili – podľa údajov Komisie konanie prebiehalo od októbra 2005 – a v dôsledku toho nie je jednoznačné, či napadnuté verejné obstarávanie je potrebné preskúmať úplne alebo čiastočne na základe smernice 92/50, alebo skôr úplne alebo čiastočne na základe smernice 2004/18,[36] nemôže nedostatok presnejších informácií o chronologickom priebehu postupu verejného obstarávania v prejednávanej veci viesť k popretiu porušenia práva verejného obstarávania. Pretože tak počas platnosti smernice 92/50, ako aj počas platnosti smernice 2004/18 muselo mesto Magdeburg dodržiavať oznamovaciu povinnosť o výsledkoch verejného obstarávania (článok 16 smernice 92/50, resp. článok 35 ods. 4 smernice 2004/18), a to bez ohľadu na otázku, či pri záchranných službách prevažovala hodnota prepravných prvkov alebo skôr prvkov zdravotnej starostlivosti.

ii) Neporušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti obsiahnutých v primárnom práve

– Posúdenie dôvodnosti vzhľadom na predpoklad, že žalobný dôvod porušenia primárneho práva je čiastočne neprípustný

91. Ako som už objasnila v rámci posúdenia prípustnosti žaloby, je potrebné túto žalobu zamietnuť ako neprípustnú v rozsahu, v akom navrhuje určenie, že pri zadaní zákaziek na záchranné služby, ktoré sa prevažne týkali osobnej prepravy, bol porušený zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby.[37]

92. Žalobný dôvod porušenia týchto zásad primárneho práva je preto prípustný len v rozsahu, v akom napáda zadanie zákaziek

36 — Relevantný je vždy právny stav v čase, v ktorom došlo ku konaniu alebo opomenutiu. Pozri v tejto súvislosti EGGER, A.: *Europäisches Vergaberecht*. Baden-Baden 2008, bod 416. Pozri taktiež rozsudok z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko, C-337/98, Zb. s. I-8377, bod 38 a nasl.

37 — Pozri bod 30 a nasl. týchto návrhov.

na záchranné služby, ktoré sa týkajú hlavne zdravotnej starostlivosti.

93. Na to, aby takýmto spôsobom obmedzený žalobný dôvod mohol byť vyhlásený za dôvodný, musela by Komisia v prvom rade poskytnúť dôkaz, že predmetom ňou napadnutých postupov verejného obstarávania boli záchranné služby, ktoré sa týkali hlavne zdravotnej starostlivosti. Toto však Komisia v prejednávanej veci netvrdila ani nepreukázala. Naopak, podľa názoru Komisie nie je potrebné riešiť, či sa prejednávané služby týkajú prevažne osobnej prepravy alebo naopak zdravotnej starostlivosti.

94. Keďže v rámci konania o nesplnenie povinnosti podľa článku 226 ES má Komisia povinnosť preukázať existenciu uplatňovaného nesplnenia povinnosti a predložiť Súdnemu dvoru všetky dôkazy na posúdenie prípadu [38] a Komisia si túto povinnosť preukazovania a dokazovania v súvislosti s vyššie uvedenými tvrdeniami nesplnila, je potrebné žalobný dôvod porušenia zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti, ktoré vyplývajú zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, v rozsahu v akom je prípustný, zamietnuť ako nedôvodný.

— Subsidiárne: posúdenie dôvodnosti pre prípad, že by bol žalobný dôvod nesplnenia povinností podľa primárneho práva vyhlásený v celom rozsahu za prípustný

95. Ak by Súdny dvor žalobný dôvod porušenia zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti, ktoré vyplývajú zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, na rozdiel od mnou zastavaného názoru, vyhlásil za prípustný v celom jeho rozsahu, bolo by potrebné tento žalobný dôvod preskúmať v súvislosti s jeho dôvodnosťou taktiež v celom rozsahu.

96. Východiskovým bodom pre preskúmanie dôvodnosti pri tejto hypotéze je tvrdenie, že Komisia otázku, či sa sporné záchranné služby týkajú hlavne osobnej prepravy alebo naopak zdravotnej starostlivosti úmyselne nezodpovedala. Preto nemožno určiť, či sa na záchranné služby – ako zmiešané služby v zmysle smernice 92/50, resp. smernice 2004/18 – vzťahujú smernice o verejnom

38 — Pozri rozsudky z 29. októbra 2009, Komisia/Fínsko, C-246/08, Zb. s. I-10605, bod 52; zo 6. októbra 2009, Komisia/Švédsko, C-438/07, Zb. s. I-9517, bod 49, a z 13. novembra 2007, Komisia/Írsko, C-507/03, Zb. s. I-9777, bod 33.

obstarávaní v plnom rozsahu [39] a že či teda mali byť, pri dodržaní postupu verejného obstarávania stanoveného v týchto smerniciach, vyhlásené. Tento problém sa Komisia pokúsila obísť tým, že vo svojej žalobe vytýkala paušálne porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a poskytovať služby.

Zásada prednosti sekundárneho práva

97. V dôsledku tohto procesno-taktického rozhodnutia Komisie sa v prejednávanej veci vynára zásadná otázka, či sa Komisia, keď dospela k zisteniu, že správanie členského štátu by mohlo porušovať tak primárne právo, ako aj v plnom rozsahu smernice 92/50, resp. 2004/18, mohla v rámci konania podľa článku 226 ES slobodne rozhodnúť, či podá žalobné návrhy na základe primárneho práva alebo naopak na základe smerníc o verejnom obstarávaní. Touto otázkou sa budem ďalej zaoberať pri zohľadnení zásady prednosti sekundárneho práva, ako aj pri zohľadnení zmyslu a účelu konania podľa článku 226 ES.

98. Následne sa budem zaoberať prísnymi požiadavkami obsiahnutými v primárnom práve, ktoré sa podľa najnovšej judikatúry vzťahujú na preukázanie cezhraničného záujmu pri zadávaní zákaziek na neprioritné služby, a vysvetlím, aké závery možno z tejto judikatúry v súvislosti s posúdením prejednávaného prípadu vyvodiť.

99. Podľa ustálenej judikatúry hovorí zásada prednosti sekundárneho práva, že úplné harmonizovanie určitej oblasti na úrovni Spoločenstva v rámci sekundárneho práva vedie k tomu, že každú vnútroštátnu úpravu týkajúcu sa tejto oblasti je potrebné posudzovať vo vzťahu k ustanoveniam sekundárneho právneho aktu, a nie k ustanoveniam Zmluvy ES. [40]

100. V prejednávanej veci vytýka Komisia na úrovni primárneho práva najmä porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby.

39 — Pozri v tejto súvislosti bod 34 a nasl. týchto návrhov.

40 — Pozri len rozsudok z 11. decembra 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Zb. s. I-14887, bod 64.

101. Podľa ustálenej judikatúry implikuje zásada rovnosti zaobchádzania obsiahnutá v primárnom práve v oblasti verejného obstarávania, že všetci uchádzači musia mať pri zadávaní svojich ponúk rovnaké šance, a to bez ohľadu na ich štátnu príslušnosť. [41] Z tejto povinnosti rovnosti zaobchádzania, ako aj zo zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti vyplýva povinnosť transparentnosti, ktorá spočíva v zabezpečení adekvátneho stupňa zverejnenia pre každého potenciálneho uchádzača, ktoré otvorí verejné obstarávanie na služby hospodárskej súťaži a umožní kontrolu nestrannosti postupov verejného obstarávania. [42]

102. Táto povinnosť rovnosti zaobchádzania a zabezpečenia dostatočnej transparentnosti obsiahnutá v primárnom práve bola harmonizovaná v smerniciach 92/50 a 2004/18 najrozsiahlejším možným spôsobom na základe mimoriadne detailnej úpravy rozličných povinností informovania, nahlásenie a oznámenia. Tieto povinnosti transparentnosti obsiahnuté v sekundárnom práve sa vyznačujú svojou detailnou harmonizáciou, ktorú je potrebné vzhľadom na rozličné kritériá považovať za úplnú harmonizáciu. [43]

103. Vzhľadom na prednosť sekundárneho práva sa vynára v prejednávanej veci otázka, či Komisia môže namietať porušenie zákazu diskriminácie obsiahnutého v primárnom práve a z neho vyplývajúcej povinnosti transparentnosti, hoci by zadanie prejednávaných zákaziek, v prípade, že by v nich prepravný prvok hodnotovo prevažoval, v plnom rozsahu spadalo pod smernice o verejnom obstarávaní [44] a hoci zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú

41 — Rozsudok z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, bod 48.

42 — Rozsudky z 15. októbra 2009, Acoset, C-196/08, Zb. s. I-9913, bod 49, a zo 6. apríla 2006, ANAV, C-410/04, Zb. s. I-3303, bod 21. V súvislosti s týmto vzťahom zákazu diskriminácie a povinnosťou transparentnosti pozri rozsudky Komisia/Írsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 38, bod 30 a nasl; ako aj z 21. februára 2008, Komisia/Taliansko, C-412/04, Zb. s. I-619, bod 66; z 21. júla 2005, Coname, C-231/03, Zb. s. I-7287, bod 17 a nasl., a zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, bod 60 a nasl.

43 — Vo všeobecnosti je potrebné vychádzať z toho, že smernica 92/50 a smernica 2004/18 nemali zadávanie verejných zákaziek patriacich do rozsahu ich pôsobnosti ako také úplne harmonizovať. To vyplýva už z názvov týchto smerníc, v ktorých sa hovorí o „koordinácii" postupov zadávania zákaziek. Okolnosť, že týmito smernicami sa usilovalo o minimálnu harmonizáciu, však nevylučuje, že určité oblasti boli predsa len harmonizované úplne. Vzhľadom na mimoriadne detailnú úpravu, ktorú tieto smernice obsahujú v súvislosti s informačnými, ohlasovacími a oznamovacími povinnosťami v jednotlivých postupoch zadávania, je predovšetkým v tejto oblasti stanovenie hranice medzi — veľmi detailnou — minimálnou harmonizáciou a definitívnou úplnou harmonizáciou mimoriadne náročné. Ako správne uviedol generálny advokát Mazák vo svojich návrhoch z 22. septembra 2009 vo veci Komisia/Francúzsko (C-299/08, bod 12 a nasl.) a ako potvrdil aj Súdny dvor vo svojom rozsudku z 10. decembra 2009 v tejto veci (Zb. s. I-11587, bod 28 a nasl.), v každom prípade je výpočet jednotlivých postupov verejného obstarávanie v článku 28 a nasl. smernice 2004/18 potrebné hodnotiť ako definitívny. Z toho priamo vyplýva, že minimálne aj jednotlivé ustanovenia týkajúce sa týchto postupov je potrebné hodnotiť ako výraz úplnej harmonizácie.

44 — Ak by Komisia naopak preukázala, že záchranné služby by mali byť považované za zákazky na neprioritné služby, a tým by len čiastočne spadali do rozsahu pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní, uplatnenie zásah vyplývajúcich z článkov 43 ES a 49 ES podľa ustálenej judikatúry bolo by — pri existencii jednoznačného cezhraničného záujmu — možné. Pozri len rozsudok Komisia/Írsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 38, bod 29 a nasl.

zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, boli v týchto smerniciach o verejnom obstarávaní detailne a v určitých oblastiach dokonca úplne harmonizované.

104. Doteraz ešte nebola táto otázka v judikatúre Súdneho dvora definitívne zodpovedaná.

105. Platí, že prednosť sekundárneho práva vylučuje použitie odôvodnení zakotvených v primárnom práve v súvislosti s obmedzením základných slobôd, pokiaľ sa obmedzenie týka oblasti, v ktorej odôvodnenia podliehajú úplnej harmonizácii. [45] Naopak, vnútroštátne ustanovenia, ktorým si členský štát plní povinnosti zo sekundárneho právneho aktu, nemožno hodnotiť ako porušenie základných slobôd. [46] Platnosť sekundárneho práva by totiž bola spochybnená, ak by povolenie obsiahnuté v primárnom práve mohlo byť využité proti zákazu zakotvenému v sekundárnom práve alebo zákaz obsiahnutý v primárnom práve proti povinnosti zakotvenej v sekundárnom práve. [47]

106. Hoci vo viacerých rozhodnutiach o prejudiciálnej otázke už bolo potvrdené, že vnútroštátne ustanovenia už nemôžu byť posudzované podľa základných slobôd, ak a pokiaľ existuje konečná úprava sekundárneho práva, [48] doteraz zostalo maximálne nevyjasnené, či nemôže byť nedodržiavanie základných slobôd priamo namietané ani v rámci konania o nesplnenie povinnosti, ak napadnutý spôsob konania súčasne predstavuje alebo by mohol predstavovať porušenie úpravy obsiahnutej v sekundárnom práve, ktorou bola oblasť patriaca pod tieto základné slobody úplne harmonizovaná. [49]

107. Podľa môjho názoru už nemôže byť nedodržanie zákazu diskriminácie

45 — Rozsudky z 24. marca 2009, Danske Slagterier, C-445/06, Zb. s. I-2119, bod 25; z 11. júla 1996, Bristol-Myers Squibb a i., C-427/93, C-429/93 a C-436/93, Zb. s. I-3457, bod 25; z 30. novembra 1983, Van Bennekom, 227/82, Zb. s. 3883, bod 35, a z 5. októbra 1977, Tedeschi, 5/77, Zb. s. 1555, bod 33 a nasl.

46 — Pozri len rozsudok Deutscher Apothekerverband, už citovaný v poznámke pod čiarou 40, bod 52 a nasl.

47 — V tomto zmysle RANDELZHOFER, FORSTHOFF in GRABITZ, HILF: c. d., články 39 ES až 55 ES, bod 149.

48 — Ako na zásadný rozsudok možno poukázať na rozsudok z 12. októbra 1993, Vanacker a Lesage, C-37/92, Zb. s. I-4947. Pozri aj rozsudky zo 17. apríla 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, Zb. s. I-2749, bod 50 a nasl.; z 13. januára 2005, Denkavit, C-145/02, Zb. s. I-51, bod 22 a nasl.; zo 14. decembra 2004, Radlberger Getränkegesellschaft, C-309/02, Zb. s. I-11763, bod 52 a nasl., a z 13. decembra 2001, Daimler Chrysler, C-324/99, Zb. s. I-9897, bod 32 a nasl.

49 — V súvislosti s obmedzením rozsahu pôsobnosti základných slobôd úplne harmonizovanými aktmi sekundárneho práva pozri KINGREEN, T.: *Kommentar zu EUV/EGV* (ed. CALLIES, C., RUFFERT, M.).3. vyd., 2007, články 28 ES — 30 ES, bod 18.

a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a poskytovať služby priamo namietané v rámci konania o nesplnenie povinnosti, ak napadnutý spôsob konania súčasne predstavuje porušenie úplne harmonizovanej úpravy sekundárneho práva opretej o tieto základné slobody. Ak by Komisii naopak v takomto prípade bola priznaná možnosť voľby namietať buď porušenie základných slobôd, alebo nesplnenie úplne harmonizovanej úpravy sekundárneho práva, podstatne by to oslabilo jeho platnosť.

108. Osobitosť úplne harmonizovaných aktov sekundárneho práva spočíva v tom, že členské štáty nemôžu uplatniteľné podmienky práva Spoločenstva ani prekročiť, ani nedodržať. Vzhľadom na to sú úplne harmonizované právne úpravy v zásade formulované veľmi konkrétne. Ak oblasť patriaca do pôsobnosti základnej slobody sa následne stane predmetom harmonizácie v sekundárnom práve, je skoro vylúčené, aby primárne právo a sekundárne právo ukladali členským štátom presne tie isté povinnosti. Úpravou v sekundárnom práve totiž nastala formulácia a vytýčenie obrysov ustanovení o základných právach do konkrétnych práv a povinností. Podmienky obsiahnuté v primárnom práve sú naopak oveľa všeobecnejšie a možno ich preto spravidla dodržiavať rozličným spôsobom. Táto odlišná hĺbka právnej úpravy nevyhnutne vedie k obsahovému napätiu medzi primárnym právom a úplne harmonizovaným sekundárnym právom, najmä medzi „povolením zakotveným v primárnom práve“ a „zákazom zakotveným v sekundárnom práve“ a naopak.

109. V už spomenutej judikatúre týkajúcej sa nemožnosti uplatnenia zdôvodnení obsiahnutých v primárnom práve, ak a pokiaľ tieto podliehajú úplnej harmonizácii, je toto napätie medzi „povolením zakotveným v primárnom práve“ a „zákazom zakotveným v sekundárnom práve“ vyriešené v prospech zákazu zakotveného v sekundárom práve, ktorému sa tým priznáva prednosť. Na základe vyvažovania záujmov musí byť aj všeobecné napätie medzi obsahovo abstraktnejšou, menej vyhranenou primárnoprávnou základnou slobodou a o ňu sa opierajúcou, obsahovo silno konkretizovanou a vyhranenou, úplne harmonizovanou sekudárnoprávnou úpravou odstránené v prospech tejto sekundárnoprávnej úpravy [50], ako už potvrdil Súdny dvor prostredníctvom rozhodnutí v prejudiciálnych konaniach v už ustálenej judikatúre [51].

50 — Hoci v rozsudku Danske Slagterier, už citovanom v poznámke pod čiarou 45, bod 18 a nasl., bola potvrdená možnosť odvolania sa občanov na právo voľného pohybu tovaru napriek existencii dvoch harmonizačných smerníc, nevyslovil sa Súdny dvor týmto rozsudkom napriek tomu proti prednosti sekundárneho práva v tomto uvedenom zmysle. Ako som zdôraznila v mojich návrhoch zo 4. septembra 2008 v uvedenej veci (bod 82), nič totiž nepoukazuje na to, že zákonodarca Spoločenstva chcel týmito smernicami upraviť aj práva občanov Únie, a tým im chcel odňať možnosť odvolávať sa na ich právo na voľný pohyb tovarov vyplývajúce z článku 28 ES.

51 — Pozri v tejto súvislosti rozsudky už citované v poznámke pod čiarou 48.

110. Vzhľadom na tieto úvahy sa Komisia pri zistení, že správanie členského štátu by mohlo porušiť tak ustanovenia obsiahnuté v primárnom práve, ako aj o ne opreté úplne harmonizované sekundárne právo, nemôže v rámci konania o porušení povinnosti obmedziť na paušálne namietanie porušenia primárneho práva.

111. To isté musí platiť v takom prípade, o aký ide v tomto konaní, v ktorom sa namieta porušenie zákazu diskriminácie, ktorý vyplýva zo slobody usadiť sa a poskytovať služby, a z neho vyplývajúcej povinnosti transparentnosti, hoci by mohli byť v plnom rozsahu uplatnené smernice o verejnom obstarávaní a práve povinnosť transparentnosti je v týchto smerniciach detailne, a v určitých bodoch definitívne, upravená. Keďže v dôsledku mimoriadne detailného konkretizovania povinností transparentnosti na úrovni sekundárneho práva v smerniciach o verejnom obstarávaní sa vynára aj na tomto mieste problém napätia medzi „povolením zakotveným v primárnom práve“ a „zákazom zakotveným v sekundárnom práve“ a naopak, ktorý musí byť vzhľadom na už vysvetlené hodnotenie odstránený v prospech úpravy obsiahnutej v sekundárnom práve. [52]

112. Vzhľadom na tieto úvahy sa nemôže Komisia v takom prípade, o aký ide v tomto konaní, obmedziť na paušálne namietanie porušenia zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a poskytovať služby.

113. Toto konštatovanie sa potvrdí pri bližšej analýze zmyslu a účelu konania o nesplnení povinnosti podľa článku 226 ES. Toto konanie má v podstate objektívno-právnu funkciu, a to funkciu rovnakého uplatňovania a zabezpečovania práva Spoločenstva. [53] Cieľom konania o nesplnení povinnosti podľa článku 226 ES preto nie je potrestanie členského štátu. Určenie, že určitý postup alebo

52 — V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že pri minimálnej harmonizácii sú stanovené minimálne štandardy, ktoré majú členské štáty dosiahnuť. Ak tieto minimálne štandardy obsahujú prísne pravidlá o záväzných postupoch a lehotách, ktoré sa musia dodržiavať na účel dodržania povinnosti rovnosti zaobchádzania a povinnosti transparentnosti, môže vzniknúť napätie s podmienkami zakotvenými v primárnom práve, ktoré nie je menej výrazné ako v prípade úplnej harmonizácie.

53 — GAITANIDES, C. in: VON DER GROEBEN, H., SCHWARZE, J. (ed.): *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. 6. vydanie, Baden-Baden 2003, článok 226 ES, bod 2. Pozri aj RENGELING, H. W., MIDDEKE, A., GELLERMANN, M.: *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*. 2. vyd., München 2003, § 6 bod 2.

stav je v rozpore s právom Spoločenstva, nie je samoúčelné, ale má najprv stanoviť vedomosť o tom, či a v akom rozsahu existuje stav odporujúci právu Spoločenstva. Súdne určenie nesplnenia povinnosti členským štátom má súčasne umožniť určenie, aké opatrenia sú právom Spoločenstva nariadené na účel (obnovenia) nastolenia stavu, ktorý je v súlade s právom Spoločenstva. [54]

114. Ak by v konaní, ako je toto konanie, malo byť všeobecne určené, že Spolková republika Nemecko porušila napadnutým zadaním zákaziek zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti obsiahnuté v primárnom práve bez toho, aby bolo vysvetlené, či prejednávané zmiešané služby vykazujú kľúčové prvky prioritných služieb a či sú smernice o verejnom obstarávaní následne uplatniteľné v plnom rozsahu, nebolo by možné dodatočne s istotou určiť, aké opatrenia sú právom Spoločenstva nariadené na účel (obnovenia) nastolenia stavu, ktorý je v súlade s právom Spoločenstva. Ak by totiž záchranné služby spadali pod smernice o verejnom obstarávaní v plnom rozsahu, dodržanie obsahovo slabšie vyhranenej a konkretizovanej povinnosti transparentnosti obsiahnutej v primárnom práve by nepostačovalo na splnenie mimoriadne detailných podmienok smerníc o verejnom obstarávaní. [55]

115. Na základe týchto úvah prichádzam k záveru, že Komisiou napadnuté zadanie zákazky mestom Magdeburg pri zohľadnení prednosti sekundárneho práva, ako aj účelu konania o porušení povinnosti podľa článku 226 ES nemožno posudzovať podľa zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby.

Preukázanie cezhraničného záujmu na zadaní zákaziek na neprioritné služby

116. Čisto vnútroštátne skutkové stavy v zásade nepatria do rozsahu pôsobnosti základných slobôd. Preto musí Komisia,

54 — Pozri GAITANIDES, C.: c. d., bod 12, podľa ktorého v konaní podľa článku 226 ES nejde o zodpovednosť členských štátov z mysle všeobecného medzinárodného práva, ani o odsúdenie, ale o objektívne stanovenie stavu. Konanie má čisto poriadkovú funkciu a sleduje len účel prinútiť členské štáty, aby prestali so súčasným porušovaním Zmluvy. Pranierovanie štátu porušujúceho Zmluvu môže byť nanajvýš vedľajším účinkom, nie však cieľom konania.

55 — Povinnosť transparentnosti síce podľa ustálenej judikatúry prikazuje zabezpečiť pre každého potenciálneho uchádzača adekvátny stupeň zverejnenia, avšak nevyhnutne neimplikuje povinnosť vyhlásenia; pozri rozsudky z 13. novembra 2008, Coditel Brabant, C-324/07 (Zb. s. I-8457, bod 25), ako aj Coname (už citovaný v poznámke pod čiarou 42, bod 21). V tejto súvislosti poukazuje EGGER, A.: c. d., bod 147 a nasl., na to, že podmienky obsiahnuté v primárnom práve ponechávajú členským štátom širší rozsah voľnej úvahy ako smernice o verejnom obstarávaní. Pritom správne zdôrazňuje, že neplatí len iná intenzita posúdenia, ale že podmienky obsiahnuté v primárnom práve sú všeobecnejšie, a preto celkovo menej prísne a detailné. Pozri VAN DEN BERGE, I. J.: De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies. In: *NTER* 2005, s. 241, 243, podľa názoru ktorého články 28 ES, 43 ES a 49 ES vlastne neumožňujú žiadne všeobecne platné výroky o povinnostiach transparentnosti, ktoré sa musia dodržať.

ak vytýka porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a poskytovať služby, predložiť dôkaz cezhraničného záujmu na prejednávaných zadaniach zákaziek.

117. Súdny dvor vo svojom rozsudku z 13. novembra 2007, Komisia/Írsko [56], v súvislosti s verejným obstarávaním na služby prílohy I B smernice 92/50 zdôraznil, že tieto služby síce zásadne podliehajú základným slobodám Zmluvy ES v oblasti práva usadiť sa a slobody poskytovať služby, Komisia však naďalej musí preukázať nepochybný cezhraničný záujem na dotknutej zákazke. V tejto súvislosti nemôže jednoduché poukázanie Komisie na sťažnosť, ktorú dostala v súvislosti so spornou zákazkou, stačiť na preukázanie nepochybného cezhraničného záujmu na tejto zákazke, a teda na určenie existencie nesplnenia povinnosti. [57]

118. Toto prísne posúdenie existencie cezhraničného záujmu na verejnom obstarávaní neprioritných služieb je možné prinajmenšom čiastočne vysvetliť tým, že zákazky na služby podľa prílohy I B smernice 92/50, resp. prílohy II B smernice 2004/18 podľa názoru zákonodarcu Spoločenstva *a priori* nemajú cezhraničný význam. Vzhľadom na to predpisuje smernica 92/50 a smernica 2004/18 pre tieto kategórie služieb len dodatočné oznámenie o výsledkoch verejného obstarávania. [58]

119. Keďže v rámci konania o porušení povinnosti má Komisia povinnosť predložiť Súdnemu dvoru všetky dôkazy na posúdenie prípadu, nemôže prísnejšie požiadavky zakotvené v primárnom práve týkajúce sa dôkazu cezhraničného záujmu, ktoré platia pre zadávanie zmiešaných služieb s prevažujúcimi zložkami neprioritných služieb, obísť tým, že vedome ponechá otázku o zaradení prejednávaných zmiešaných služieb podľa práva verejného obstarávania nezodpovedanú. Preto musí Komisia aj v takom prípade, ako je prejednávaný prípad, predložiť dôkaz cezhraničného záujmu na zadaní prejednávaných služieb podľa prísnejších podmienok, ktoré Súdny dvor stanovil vo svojom rozsudku z 13. novembra 2007, Komisia/Írsko, v súvislosti s neprioritnými službami.

120. Ako dôkaz existencie cezhraničného záujmu na zadaní zákazky mestom Magdeburg Komisia poukazuje len na všeobecnú sťažnosť týkajúcu sa verejného obstarávania

56 — Rozsudok Komisia/Írsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 38, bod 29 a nasl.

57 — Tamže, bod 34.

58 — Tamže, bod 25. Pozri tiež FRENZ, W.: *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*. Berlin, okrem iného 2007, bod 2116.

na záchranné služby v Nemecku, ako aj na hospodársky význam relevantných služieb, pričom vzhľadom na vysokú hodnotu zákazky možno predpokladať živý záujem cudzích poskytovateľov služieb. Tieto všeobecné tvrdenia Komisie, ktoré sa vôbec netýkajú zadania zákazky mestom Magdeburg a ktoré sa čiastočne zakladajú na domnienkach, nespĺňajú vysoké nároky, ktoré sú kladené na dôkaz cezhraničného záujmu na zadaní neprioritných služieb.

121. Tvrdenie Komisie, podľa ktorého došlo zadaním zákazky mestom Magdeburg aj k porušeniu zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, je potrebné zamietnuť z dôvodu nepreukázania cezhraničnej súvislosti ako nedôvodné.

iii) Záver

122. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy prichádzam k záveru, že napadnutým zadaním zákazky mestom Magdeburg Spolková republika Nemecko porušila článok 16 smernice 92/50, resp. článok 35 ods. 4 smernice 2004/18. Ostatné časti tvrdenia Komisie týkajúce sa zadania zákazky mestom Magdeburg je potrebné zamietnuť ako neprípustné, prinajmenšom však ako nedôvodné.

b) Prípady zadania zákaziek mestami Bonn (Severné Porýnie-Vestfálsko) a Witten (Severné Porýnie-Vestfálsko), regiónom Hannover (Dolné Sasko) a krajinským okresom Hameln-Pyrmont (Dolné Sasko)

123. V súvislosti s napadnutými prípadmi zadania zákaziek mestami Bonn a Witten, regiónom Hannover a krajinským okresom Hameln-Pyrmont uvádza Komisia toto:

124. V roku 2004 zadalo mesto Bonn ako verejný obstarávateľ zákazku na poskytovanie záchranných služieb v období od 1. januára 2005 do 31. decembra 2008 bez celoeurópskeho vyhlásenia. Predmetom zákazky bola okrem iného prevádzka štyroch vozidiel záchrannej zdravotníckej služby. Hodnota zákazky bola minimálne 5,28 milióna eur.

125. Minimálne od roku 2005 zadávalo mesto Witten ako verejný obstarávateľ zákazky na poskytnutie záchranných služieb v hodnote 945 753 eur ročne bez celoeurópskeho vyhlásenia. Predmetom zákaziek bola prevádzka vozidiel záchrannej zdravotníckej služby.

126. V roku 2004 vyhlásil región Hannover ako verejný obstarávateľ verejné obstarávanie na záchranné služby na svojom území, na ktorom sa mohli zúčastniť len doterajší úspešní uchádzači – Arbeiter-Samariter-Bund (ďalejl len „ASB“), Deutsche Rote Kreuz (ďalej len „DRK“), Johanniter-Unfallhilfe (ďalej len „JUH“) a RKT GmbH. Verejné obstarávanie sa týkalo obdobia od 1. januára 2005 do 31. decembra 2009, s celkovou hodnotou minimálne 65 miliónov eur.

127. V roku 1993 poveril krajinský okres Hameln-Pyrmont krajinské združenie DRK poskytovaním záchranných služieb na jeho území. Zmluva s pôvodnou dobou trvania desať rokov nebola ukončená, ale v roku 2003 bez vyhlásenia verejného obstarávania predĺžená na ďalších desať rokov. Dodatočne bola v roku 1999 v obci Emmerthal zriadená nová záchranná stanica, ktorej prevádzkou bol taktiež poverený DRK bez vyhlásenie verejného obstarávania. Celková hodnota týchto postupov verejného obstarávania dosahovala 7,2 milióna eur ročne.

128. Proti tomuto opisu skutkového stavu Spolková republika Nemecko nenamietala.

129. Komisia namieta vo všetkých týchto prípadoch porušenie pravidiel oznamovacej povinnosti o výsledkoch verejného obstarávania (článok 16 smernice 92/50, resp. článok 35 ods. 4 smernice 2004/18). K tomuto porušeniu nesporne došlo.

130. Naopak Komisiou taktiež namietané porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby nepovažujem za preukázané. Tento žalobný dôvod stroskotáva na tých istých právno-dogmatických úvahách a úvahách o dôkaznom bremene, ktoré som predostrela už v rámci analýzy verejného obstarávania mestom Magdeburg. [59]

c) Zadanie zákazky krajinským okresom Uelzen (Dolné Sasko)

131. Komisia k zadaniu zákaziek krajinským okresom Uelzen uviedla, že DRK poskytoval

59 — Pozri bod 91 a nasl. týchto návrhov.

na základe zmluvy z 10. júla 1984 záchranné služby na území krajinského okresu Uelzen s výnimkou oblasti Bevensen-Bienenbüttel. V roku 2004 sa uskutočnili významné zmeny v tejto zmluve, ktoré je potrebné považovať za nové zadanie zákazky. Pri tomto novom zadaní nebol dodržaný článok 16 smernice 92/50. Navyše bol v rámci tejto novej zákazky porušený zákaz diskriminácie a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú zo slobody usadiť sa a poskytovať služby.

132. Spolková republika Nemecko tvrdí, že zmena zmluvy uskutočnená v roku 2004 vyplývala z toho, že krajinský okres Uelzen poveril v roku 1984 združenie obcí Bevensen poskytovaním záchranných služieb v oblasti Bevensen-Bienenbüttel. V roku 2002 DRK prevzal prostredníctvom prevzatia prevádzky celkovú záchrannú službu združenia obcí Bevensen. To vysvetľuje zmluvné zmeny dojednané v roku 2004 medzi krajinským okresom Uelzen a DRK, ktoré neboli také podstatné, že by predstavovali nový postup verejného obstarávania relevantný pre právo verejného obstarávania. Keďže napadnuté zadanie zákazky preto v konečnom dôsledku pochádza z roku 1984, a preto prebehlo pred uplynutím lehoty na prebratie smernice 92/50, nemôže byť nedodržanie tejto smernice už namietané.

133. Otázku, za akých podmienok je potrebné hodnotiť zmeny existujúcej zmluvy ako samostatné zadanie zákazky v zmysle smerníc o verejnom obstarávaní, zodpovedal Súdny dvor vo svojom rozsudku z 19. júna 2008, Pressetext Nachrichtenagentur [60]. Pritom zdôraznil najmä to, že zmeny ustanovení verejnej zmluvy vykonané počas doby jej platnosti sa považujú za nové uzavretie zmluvy v zmysle smernice 92/50 vtedy, ak majú znaky podstatne odlišné od pôvodnej zmluvy, a teda preukazujú vôľu strán nanovo sa dohodnúť na podstatných náležitostiach tejto zmluvy. [61] O podstatné zmenu pôvodnej zmluvy ide okrem iného aj vtedy, ak sa zmluva vo významnej miere rozširuje aj na služby, ktoré v nej pôvodne neboli zahrnuté. [62]

134. Z dokumentov predložených nemeckou vládou a z jej vysvetlení vyplýva, že verejná zákazka z roku 2004 bola rozšírená na poskytovanie verejných záchranných služieb na území záchrannej stanice Bevensen, ktorá tvorí približne jednu štvrtinu celkovej plochy krajinského okresu. Spolková republika Nemecko ďalej uznáva, že hodnota zákazky pre celý krajinský okres Uelzen dosahuje približne 4 450 000 eur za rok a že hodnota poskytovaných záchranných služieb v zásahovom

60 — Rozsudok z 19. júna 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Zb. s. I-4401, bod 28 a nasl.

61 — Tamže, bod 34.

62 — Tamže, bod 36.

území záchrannej stanice Bevensen dosahuje minimálne 670 000 eur ročne. [63]

135. Zmluvné zmeny, ktoré boli v roku 2004 dojednané medzi krajinským okresom Uelzen a DRK, preto viedli k tomu, že zákazka na poskytnutie záchranných služieb bola rozšírená na dodatočnú oblasť v krajinskom okrese, čím sa zvýšila celková plocha zásahového územia o približne 25 % a celková hodnota zákazky o približne 15 %. Preto je potrebné považovať zmeny zmluvy dojednané v roku 2004 za podstatné, takže tento postup je potrebné hodnotiť ako nové zadanie zákazky na záchranné služby v celom krajinskom okrese, ktoré spadá pod smernicu 92/50. Nepodložené údaje Spolkovej republiky Nemecko týkajúce sa prevzatia prevádzky záchrannej služby iného poskytovateľa služieb na tomto hodnotení nič nemenia.

136. V tejto súvislosti je nesporné, že pri novom verejnom obstarávaní v roku 2004 nebol dodržaný článok 16 smernice 92/50. Porušenie tohto ustanovenia Spolkovou republikou Nemecko je teda v prejednávanom prípade preukázané.

137. Komisiou taktiež namietané porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a poskytovať služby naopak nepovažujem za preukázané. Tento žalobný dôvod stroskotáva na tých istých právno-dogmatických úvahách a úvahách o dôkaznom bremene, ktoré som predostrela už v rámci analýzy verejného obstarávania mestom Magdeburg. [64]

d) Prípady zadania zákaziek záchrannými účelovými združeniami Westsachsen (Sasko), Chemnitz/Stollberg (Sasko) a Vogtland (Sasko)

138. V súvislosti s napadnutými prípadmi zadania zákaziek záchrannými účelovými združeniami Westsachsen, Chemnitz/Stollberg a Vogtland uvádza Komisia toto.

139. Záchranné účelové združenie Westsachsen ako verejný obstarávateľ uzatvoril s ASB, DRK, JUH a Berufsfeuerwehr Zwickau zmluvy o poskytnutí záchranných služieb s dobou trvania vždy štyri roky a s hodnotou zákazky spolu 7,9 milióna eur ročne. Tieto

63 — Vyjadrenie k žalobe Spolkovej republiky Nemecko zo 4. septembra 2008, bod 22.

64 — Pozri bod 91 a nasl. týchto návrhov.

zmluvy boli v roku 2003 bez vyhlásenia verejného obstarávania predĺžené na ďalšie štyri roky. Po skončení ich platnosti boli tieto zmluvy predĺžené až do 31. decembra 2008.

140. Záchranné účelové združenie Chemnitz/Stollberg ako verejný obstarávateľ uzatvoril s ASB, DRK, JUH a Berufsfeuerwehr Chemnitz zmluvy o poskytnutí záchranných služieb s dobou trvania štyri roky a hodnotou zákaziek spolu 3,3 milióna eur ročne. Tieto zmluvy boli v roku 2002 bez vyhlásenia verejného obstarávania predĺžené na ďalšie štyri roky. Po skončení ich platnosti boli tieto zmluvy predĺžené až do 31. decembra 2008.

141. Záchranné účelové združenie Vogtland ako verejný obstarávateľ uzatvoril v roku 2002, resp. 2004 s ASB, DRK, JUH a so súkromnou Rettungsdienstgesellschaft Plauen a Berufsfeuerwehr Plauen zmluvy o poskytnutí záchranných služieb s dobou trvania štyri roky a hodnotou zákaziek spolu 3,9 milióna eur ročne. Tieto zmluvy trvali štyri roky a po skončení ich platnosti boli bez vyhlásenia verejného obstarávania predĺžené až do 31. decembra 2008.

142. Komisia namieta vo všetkých týchto prípadoch porušenie pravidiel oznamovacej povinnosti o výsledkoch verejného obstarávania (článok 16 smernice 92/50, resp. článok 35 ods. 4 smernice 2004/18). K týmto porušeniam došlo.

143. Tomu neodporujú tvrdenia Spolkovej republiky Nemecko, že zadaniu zákazky v oblasti záchranných služieb muselo od účinnosti saského Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (zákon o ochrane pred požiarmi, záchrannej službe a civilnej ochrane) z 1. januára 2005 predchádzať verejné obstarávanie. Spolková republika Nemecko neodporovala najmä tvrdeniu Komisie, že zadanie zákaziek bolo vo všetkých napadnutých prípadoch pri zachovaní pôvodných zmluvných podmienok predĺžené až do 31. decembra 2008.

144. Podľa ustálenej judikatúry sa má existencia nesplnenia povinnosti posudzovať podľa situácie členského štátu ku dňu uplynutia lehoty stanovenej v odôvodnenom stanovisku.[65] V tomto konaní je preto rozhodujúca situácia zo 16. februára 2007. V tomto

65 — Rozsudky zo 6. októbra 2009, Komisia/Španielsko, C-562/07, Zb. s. I-9553, bod 23; z 19. mája 2009, Komisia/Taliansko, C-531/06, Zb. s. I-4103, bod 98, a z 19. júna 2008, Komisia/Luxembursko, C-319/06, Zb. s. I-4323, bod 72.

období existovalo vytýkané nesplnenie povinností vyplývajúcich zo smerníc o verejnom obstarávaní.

145. Naopak Komisiou vo všetkých týchto prípadoch taktiež namietané porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby nepovažujem za preukázané. Tento žalobný dôvod stroskotáva na tých istých právno-dogmatických úvahách a úvahách o dôkaznom bremene, ktoré som predostrela už v rámci analýzy verejného obstarávania mestom Magdeburg. [66]

e) Záver

146. Vzhľadom na moje vyššie uvedené úvahy prichádzam k záveru, že v napadnutých prípadoch zadania zákaziek mestami Magdeburg, Bonn a Witten, regiónom Hannover, krajinským okresom Uelzen a krajinským okresom Hameln-Pyrmont, ako aj záchrannými účelovými združeniami Westsachsen, Chemnitz/Stollberg a Vogtland došlo zo strany Spolkovej republiky Nemecko k porušeniu článku 16 smernice 92/50, resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18. Rozsiahlejšie porušenie zákazu diskriminácie a povinnosti transparentnosti vyplývajúcich zo slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby naopak nebolo Komisiou preukázané.

4. Protiprávna prax verejného obstarávania v Spolkovej republike Nemecko

147. V prejednávanom konaní Komisia tvrdí, že ňou napadnuté postupy verejného obstarávania poukazujú na existenciu upevnenej a všeobecnej praxe verejného obstarávania. Vzhľadom na to navrhuje, aby bolo určené, že Spolková republika Nemecko porušila v dôsledku protiprávnej praxe verejného obstarávania právo Spoločenstva.

148. Ak sa v členskom štáte preukáže existencia protiprávnej praxe verejného obstarávania, môže byť táto prax ako taká vytýkaná v rámci konania podľa článku 226 ES. [67] V tejto súvislosti Komisia v prvej fáze preukázateľne tvrdila opakované porušenia, ktoré poukazujú na existenciu určitej praxe. Následne je

66 — Pozri bod 91 a nasl. týchto návrhov.

67 — V tejto súvislosti sa odkazuje len na ustálenú judikatúru, podľa ktorej môže nesplnenie povinností zakotvených v práve Spoločenstva vyplynúť aj zo správnej praxe, dokonca aj vtedy, ak uplatniteľné vnútroštátne ustanovenie je s právom Spoločenstva zlučiteľné. Pozri rozsudok z 10. septembra 2009, Nemecko/Grécko, C-416/07, Zb. s. I-7883, bod 24 a tam uvedené odkazy.

vecou členského štátu, aby namietané porušenia konkrétne vyvrátil. V druhej fáze je potom potrebné preskúmať, či preukázané porušenia môžu byť vyhodnotené ako dostatočne podložený a detailný dôkaz existencie namietanej praxe. [68]

149. V prejednávanej veci Komisia preukázala, že mestá Magdeburg (Sasko-Anhaltsko), Bonn (Severné Porýnie-Westfálsko) a Witten (Severné Porýnie-Westfálsko), región Hannover (Dolné Sasko), krajinský okres Uelzen (Dolné Sasko) a krajinský okres Pyrmont-Hameln (Dolné Sasko), ako aj záchranné účelové združenia Westsachsen (Sasko), Chemnitz/Stollberg (Sasko) a Vogtland (Sasko) pri verejnom obstarávaní na záchranné služby nedodržali ustanovenia o oznamovacej povinnosti podľa článku 16 smernice 92/50, resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18.

150. Navyše Komisia tvrdila, že z jej prieskumov vyplýva, že v období od roku 2001 do roku 2006 boli pre celú Spolkovú republiku Nemecko oznámené len dve zadané zákazky. Proti týmto skutkovým zisteniam Spolková republika Nemecko nenamietala.

151. Na základe uvedeného je preto potrebné konštatovať, že v spolkových krajinách Sasko-Anhaltsko, Severné Porýnie-Westfálsko, Dolné Sasko a Sasko existuje upevnená a všeobecná prax verejného obstarávania na záchranné služby, pri ktorej sa nedodržujú ustanovenia o oznamovacej povinnosti podľa článku 16 smernice 92/50, resp. článku 35 ods. 4 smernice 2004/18.

152. Konštatovaniu takejto praxe porušujúcej právo verejného obstarávania v týchto spolkových krajinách neodporuje ani argument prednesený Spolkovou republikou Nemecko, že vzhľadom na dve uznesenia Bundesgerichtshofu z 1. decembra 2008 [69] spolkové krajiny sú povinné svoje doterajšie postupy verejného obstarávania na záchranné služby prehodnotiť a zopakovať pri dodržaní práva verejného obstarávania.

153. Ako som už vysvetlila, podľa ustálenej judikatúry sa má existencia nesplnenia povinnosti posudzovať podľa situácie členského štátu ku dňu uplynutia lehoty stanovenej v odôvodnenom stanovisku. [70] V prejednávanej veci je preto rozhodujúca situácia zo 16. februára 2007. V tento deň

68 — Pozri rozsudok z 19. marca 2009, Komisia/Grécko, C-489/06, Zb. s. I-1797, bod 40 a nasl.

69 — Uznesenie Bundesgerichtshofu z 1. decembra 2008, X ZB 31/08. Pozri v tejto súvislosti bod 28 týchto návrhov.

70 — Pozri bod 144 týchto návrhov.

vytýkané nesplnenie smerníc o verejnom obstarávaní existovalo.

154. Z rovnakého dôvodu nie sú už v prejednávanom konaní relevantné tvrdenia Spolkovej republiky Nemecko o zmene právneho stavu v spolkovej krajine Sasko, pričom s účinnosťou od 1. januára 2009 bol zrušený podriadený model.

155. Sporné však je, či Komisia namietala len prax obstarávania v spolkových krajinách Sasko-Anhaltsko, Severné Porýnie-Westfálsko, Dolné Sasko a Sasko, alebo či uviedla prax verejného obstarávania v týchto štyroch spolkových krajinách ako príklad upevnenej a všeobecnej praxe verejného obstarávania vo všetkých spolkových krajinách.

156. Tvrdenie Komisie je v tejto súvislosti v tom rozsahu rozporuplné, v akom vo svojej žalobe výslovne uviedla, že sa prejednávaná žaloba obmedzuje na prax verejného obstarávania v Sasku-Anhaltsku, Severnom Porýní-Westfálsku, Dolnom Sasku a Sasku, hoci sa sporná prax verejného obstarávania týka aj iných nemeckých spolkových krajín.[71] Vo svojom vyjadrení požaduje naopak Komisia konštatovanie, že táto prax je v rozpore s právom verejného obstarávania, pre celé územie Spolkovej republiky Nemecko.[72]

157. V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že nové žalobné návrhy podané v priebehu konania sú v zásade neprípustné.[73] Vzhľadom na to je potrebné v rámci tohto konania vychádzať z priestorovo obmedzeného žalobného návrhu obsiahnutého v žalobe, ktorým Komisia namietala len spornú prax verejného obstarávania v spolkových krajinách Sasko-Anhaltsko, Severné Porýnie-Westfálsko, Dolné Sasko a Sasko.

158. Vzhľadom na moje vyššie uvedené úvahy prichádzam definitívne k záveru, že Spolková republika Nemecko pri zadaní odplatných zákaziek na poskytovanie záchranných služieb v spolkových krajinách Sasko-Anhaltsko, Severné Porýnie-Westfálsko, Dolné Sasko a Sasko v období do 31. januára 2006

71 — Pozri bod 10 žaloby Komisie z 15. apríla 2008. V bode 5 tejto žaloby už Komisia uviedla, že jej žaloba sa obmedzuje na prax postupu pri verejnom obstarávaní na záchranné služby podľa podriadeného modelu, ktorý platí vo väčšine nemeckých spolkových krajín.

72 — Pozri bod 17 a nasl. vyjadrenia Komisie z 21. novembra 2008.

73 — Pozri článok 42 ods. 2 Rokovacieho poriadku Súdneho dvora.

konala v rozpore s článkom 10 v spojení s článkom 16 smernice 92/50 a od 1. februára 2006 v rozpore s článkom 22 v spojení s článkom 35 ods. 4 smernice 2004/18.

VIII — Trovy konania

159. Podľa článku 69 ods. 2 Rokovacieho poriadku Súdneho dvora účastník konania, ktorý vo veci nemal úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Podľa článku 69 ods. 3 prvého odseku rokovacieho poriadku môže Súdny dvor rozdeliť náhradu trov konania medzi účastníkov konania alebo rozhodnúť tak, že každý z účastníkov konania znáša vlastné trovy, ak účastníci mali úspech len v časti predmetu konania alebo vo výnimočných prípadoch.

160. V tomto konaní sa má žalobe Komisie vyhovieť len čiastočne. Preto navrhujem, aby Súdny dvor rozhodol, že Komisia a Spolková republika Nemecko znášajú každá svoje vlastné trovy konania.

IX — Návrh

161. Vzhľadom na uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor rozhodol, že:

1. Spolková republika Nemecko konala pri zadávaní odplatných zákaziek na poskytovanie záchranných služieb v spolkových krajinách Sasko-Anhaltsko, Severné Porýnie-Westfálsko, Dolné Sasko a Sasko v období do 31. januára 2006 v rozpore s článkom 10 v spojení s článkom 16 smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb a v období od 1. februára 2006 konala v rozpore s článkom 22 v spojení s článkom 35 ods. 4 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby.

2. V zostávajúcej časti sa žaloba zamieta.

3. Komisia Európskych spoločenstiev a Spolková republika Nemecko znášajú svoje vlastné trovy konania.