SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE VERICE TRSTENJAK, predstavljeni 11. februarja 2010[1]

Stvarno kazalo

I – Uvod ..... I - 3719

II – Pravni okvir ..... I - 3719

A – Direktiva 92/50 ..... I - 3719

B – Direktiva 2004/18 ..... I - 3720

III – Dejansko stanje ..... I - 3721

IV – Predhodni postopek ..... I - 3722

V – Postopek pred Sodiščem in predlogi strank ..... I - 3722

VI – Bistvene trditve strank ..... I - 3723

VII – Pravna presoja ..... I - 3725

A – Dopustnost ..... I - 3725

1. Storitve reševanja kot mešane storitve v sistemu direktiv o javnih naročilih ..... I - 3726

2. Preoblikovanje predlogov v tožbi ..... I - 3727

3. Predlog ..... I - 3730

B – Utemeljenost ..... I - 3730

1. Neuporabljivost izjeme iz člena 45(1) ES ..... I - 3730

2. Neobstoj utemeljitvenega razloga v smislu člena 86(2) ES ..... I - 3736

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

3. Analiza devetih očitanih postopkov oddaje javnega naročila ..... I - 3739

a) Oddaja naročila mesta Magdeburg (Saška-Anhalt) ..... I - 3739

i) Kršitev člena 16 Direktive 92/50 oziroma člena 35(4) Direktive 2004/18 ..... I - 3739

ii) Neobstoj kršitve primarnopravne prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti ..... I - 3740

– Preizkus utemeljenosti na podlagi domneve, da je tožbeni razlog kršitve primarnega prava delno nedopusten ..... I - 3740

– Podredno: Preizkus utemeljenosti, če bi bil tožbeni razlog kršitve primarnega prava v celoti razglašen za dopusten ... I - 3741

Načelo prednosti uporabe sekundarnega prava ..... I - 3742

Dokaz čezmejnega interesa za oddajo storitev druge stopnje ..... I - 3747

iii) Predlog ..... I - 3749

b) Primeri oddaje naročila mest Bonn (Severno Porenje-Vestfalija) in Witten (Severno Porenje-Vestfalija), regije Hannover (Spodnja Saška) in okrožja Hameln-Pyrmont (Spodnja Saška) ..... I - 3749

c) Oddaja naročila okrožja Uelzen (Spodnja Saška) ..... I - 3750

d) Primeri oddaje naročila interesnih združenj reševalcev Westsachsen (Saška), Chemnitz/Stollberg (Saška) in Vogtland (Saška) ..... I - 3752

e) Predlog ..... I - 3754

4. Nezakonita praksa oddajanja naročil v Zvezni republiki Nemčiji ..... I - 3754

VIII – Stroški ..... I - 3757

IX – Predlog ..... I - 3757

I – Uvod

1. Obravnavana zadeva temelji na tožbi Komisije zaradi neizpolnitve obveznosti v skladu s členom 226 ES, s katero Sodišču predlaga, naj ugotovi, da Zvezna republika Nemčija ni izpolnila obveznosti iz Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev[2] in Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev[3] in je kršila načeli svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev (člena 43 ES in 49 ES) s tem, da ni javno razpisala naročil storitev javne reševalne službe v zveznih deželah Saška-Anhalt, Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška in Saška oziroma jih ni oddala v preglednem postopku in da ni objavila obvestil o oddanih naročilih.

2 – UL L 209, str. 1.
3 – UL L 134, str. 114.

II – Pravni okvir

A – *Direktiva 92/50*

2. V skladu s členom 3(2) Direktive 92/50 naročniki zagotovijo, da ni diskriminacije med različnimi ponudniki storitev.

3. Člen 10 Direktive 92/50 določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogah I A in I B, se oddajajo v skladu z določili iz Naslovov III do VI, če je vrednost storitev, naštetih v Prilogi I A, večja od vrednosti storitev, naštetih v Prilogi I B. Če vrednost ni takšna, se naročila oddajo v skladu s členoma 14 in 16."

4. Člen 16 Direktive 92/50 določa:

„1. Naročniki, ki so oddali javno naročilo ali izvedli natečaj za načrte, pošljejo obvestilo

o rezultatih postopka oddaje Uradu za uradne objave Evropskih skupnosti.

2. Obvestila se objavijo:

[…]“

B – *Direktiva 2004/18*

5. V skladu s členom 2 Direktive 2004/18 morajo naročniki enakopravno in nediskriminacijsko obravnavati gospodarske subjekte in delovati transparentno.

6. Člen 22 Direktive 2004/18 določa:

„Javna naročila, katerih predmet so storitve s seznama v Prilogi II A in Prilogi II B, se morajo oddati v skladu s členi 23 do 55, če je vrednost storitev iz seznama v Prilogi II A večja od vrednosti storitev s seznama v Prilogi II B. V drugih primerih se naročila morajo oddati v skladu s členom 23 in členom 35(4).“

7. Člen 35(4) Direktive 2004/18 določa:

„Naročniki, ki so oddali javno naročilo ali sklenili okvirni sporazum, morajo poslati obvestilo o izidih postopka oddaje naročil najpozneje 48 dni po oddaji naročila ali sklenitvi okvirnega sporazuma.

[…]

V primeru javnega naročila storitev iz seznama v Prilogi II B morajo naročniki v razpisu navesti, ali soglašajo z njegovo objavo. Komisija mora v zvezi z naročili storitev na tej osnovi oblikovati pravila za izdelavo statističnih poročil na podlagi teh obvestil in za objavo teh poročil v skladu s postopkom iz člena 77(2).

[…]“

III – Dejansko stanje

8. Pravo, ki ureja področje reševalnih služb, je v Zvezni republiki Nemčiji v zakonodajni pristojnosti zveznih dežel, ki so svojo pristojnost zakonodajnega urejanja različno uporabile.

9. Storitve reševanja se v večini nemških zveznih dežel opravljajo po dvodelnem sistemu, ki razlikuje med javno reševalno službo in opravljanjem storitev reševanja na podlagi dovoljenj v skladu z deželnimi zakoni o reševalni službi.

10. Javna reševalna služba običajno obsega storitve nujnega reševalnega prevoza in kvalificirane storitve prevoza bolnikov. Nujni reševalni prevoz se nanaša na prevoz poškodovancev ali bolnikov v smrtni nevarnosti s strokovno oskrbo v sanitetnem ali reševalnem vozilu. Kvalificirani prevoz bolnikov pomeni prevoz bolnih, poškodovanih ali drugih oseb, potrebnih pomoči, ki niso v smrtni nevarnosti, s strokovno oskrbo v vozilu za prevoz bolnikov.

11. Več zveznih dežel se je odločilo prepustiti izbiro ponudnikov storitev javne reševalne službe posameznim mestom, okrožjem, interesnim združenjem reševalcev itd. Ti lokalni organi zato s posameznimi ponudniki storitev praviloma sklenejo pogodbe o oskrbi prebivalstva s storitvami reševanja na celotnem območju. Če storitve plača neposredno lokalni organ, se zadevni pogodbeni model imenuje „submisijski model“. Če jih izvajalec zaračuna neposredno bolnikom oziroma zdravstvenim zavarovalnicam, pa gre za tako imenovani „koncesijski model“.

12. Komisija v tožbi ugovarja oddaji naročil storitev na področju javne reševalne službe v zveznih deželah Spodnja Saška, Severno Porenje-Vestfalija, Saška in Saška-Anhalt, ki uporabljajo samo submisijski model. Komisija očita zlasti, da v teh zveznih deželah naročila na področju javne reševalne službe, za katera veljajo direktive o javnih naročilih, praviloma niso razpisana in oddana v preglednem postopku.

IV – Predhodni postopek

13. Potem ko je bilo pri Komisiji vloženih več pritožb, je Komisija z dopisom z dne 10. aprila 2006 Zvezno republiko Nemčijo obvestila, da pri oddaji odplačnih pogodb o storitvah reševanja v zveznih deželah Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška, Saška in Saška-Anhalt morda ni izpolnila obveznosti iz direktiv o javnih naročilih in je morda kršila primarno pravo. Hkrati je Komisija Zvezno republiko Nemčijo obvestila, da je pri oddaji koncesij za storitve reševanja morda kršila načeli svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev. Zato je bila vlada Zvezne republike Nemčije pozvana, naj v skladu s členom 226 ES v dveh mesecih poda pripombe k mnenju Komisije.

14. Zvezna republika Nemčija je v obvestilu z dne 10. julija 2006 zanikala navedene kršitve prava Skupnosti. Poleg tega naj bi se na Saškem leta 2005 spremenil zakon, tako da naj bi se tudi v tej zvezni deželi najpozneje od 1. januarja 2009 storitve reševanja oddajale po izbirnem postopku, pri katerem naj bi se upoštevala načela nediskriminatorne konkurence.

15. Komisija je z dopisom z dne 15. decembra 2006 Zvezni republiki Nemčiji poslala obrazloženo mnenje. V njem je dokončno ugotovila, da Zvezna republika Nemčija ni izpolnila obveznosti iz direktiv 92/50 in 2004/18 in da je kršila oziroma še vedno krši načeli svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev. Zato je Komisija pozvala Zvezno republiko Nemčijo, naj v dveh mesecih od vročitve obrazloženega mnenja sprejme ukrepe, potrebne za uskladitev z njim.

16. Zvezna republika Nemčija je v obvestilu z dne 22. februarja 2007 vnovič zavrnila pravno stališče Komisije. V nobenem od primerov, ki jih je navedla Komisija, naj namreč ne bi bilo kršeno pravo Skupnosti.

V – Postopek pred Sodiščem in predlogi strank

17. Ker Zvezna republika Nemčija ni sprejela ukrepov, potrebnih za uskladitev z obrazloženim mnenjem, je Komisija 15. aprila 2008 v skladu s členom 226 ES vložila tožbo.

18. Komisija predlaga Sodišču, naj odloči tako:

– Zvezna republika Nemčija s tem, da ni objavila obvestil o oddaji naročil in da naročil storitev na področju javne reševalne službe ni javno razpisala oziroma jih ni oddala v preglednem postopku, ni izpolnila obveznosti iz direktiv 92/50/EGS in 2004/18/ES in je kršila načeli svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev (člena 43 ES in 49 ES).

– Zvezni republiki Nemčiji se naloži plačilo stroškov postopka.

19. Zvezna republika Nemčija Sodišču predlaga, naj tožbo zavrne in Komisiji naloži plačilo stroškov postopka.

20. Predsednik Sodišča je s sklepom z dne 16. decembra 2008 dovolil intervencijo Kraljevine Nizozemske v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Kraljevina Nizozemska v podporo Zvezni republiki Nemčiji Sodišču predlaga, naj tožbo Komisije zavrne.

VI – Bistvene trditve strank

21. Po mnenju Komisije se je v različnih nemških zveznih deželah pri oddaji naročil na področju javnih storitev nujnega reševalnega prevoza in kvalificiranih storitev prevoza bolnikov uveljavila praksa oddajanja naročil lokalnim ponudnikom v nasprotju z zakonodajo o oddaji javnih naročil, ne da bi se izvedel vseevropski razpis oziroma ne da bi bila zagotovljena ustrezna preglednost.

22. Komisija s sklicevanjem na devet konkretnih primerov oddaje iz zveznih dežel Spodnja Saška, Severno Porenje-Vestfalija, Saška in Saška-Anhalt na začetku poudarja, da bi bilo treba mesta, okrožja in interesna združenja reševalcev, pristojna za konkretno oddajo, opredeliti kot naročnike v smislu direktiv o javnih naročilih. Poleg tega naj bi bilo treba naročila, ki se oddajo na področju javne reševalne službe, šteti za javna in odplačna naročila, katerih vrednost naj bi v obravnavanih primerih občutno presegala finančni prag, ki

je upošteven za uporabo direktiv 92/50 oziroma 2004/18.

23. Če bi bila ta javna naročila sklenjena pred 31. januarjem 2006, bi za njih veljala Direktiva 92/50. Ker naj bi se ta naročila nanašala na mešane storitve, bi morala biti z upoštevanjem določb naslovov III in IV oziroma členov 14 in 16 Direktive 92/50 oddana glede na to, ali je višja vrednost prometnih ali zdravstvenih storitev. Direktiva 2004/18 naj bi vsebovala ustrezen predpis za naročila, ki naj bi bila sklenjena po izteku roka za njen prenos.

24. Ker naj bi šlo v vseh navedenih primerih za naročila s čezmejnim interesom, naj bi Zvezna republika Nemčija kršila tudi prepoved diskriminacije in zahtevo po preglednosti, ki naj bi ju obsegali svoboda ustanavljanja in svoboda opravljanja storitev.

25. Očitane kršitve po mnenju Komisije niso posamični primeri, temveč pričajo o splošni praksi oddajanja naročil, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti. Komisija meni, da zelo majhno število vseevropskih razpisov za storitve reševanja oziroma obvestil o oddanih naročilih potrjuje njeno presojo.

26. Po mnenju nemške vlade je zahteva Komisije, da se z navajanjem dejstev o posameznih postopkih oddaje javnega naročila iz štirih od skupno šestnajstih zveznih dežel celovito obsodi prakso oddajanja naročil v Zvezni republiki Nemčiji, nedopustna. Poleg tega naj različne trditve o dejanskem stanju, ki jih je navedla Komisija, ne bi bile pravilne.

27. Nemška vlada se poleg tega sklicuje na izjemo iz člena 45(1) ES v povezavi s členom 55 ES, na podlagi katere se poglavja Pogodbe ES o svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev ne uporabljajo za tiste dejavnosti, ki so v posamezni državi članici povezane, čeprav občasno, z izvajanjem javne oblasti, kakršne naj bi bile obravnavane storitve reševanja. Ker naj bi bili ti poglavji Pogodbe ES pravna podlaga za direktive o javnih naročilih, naj se te direktive v obravnavanem primeru ne bi uporabile.

28. Nemška vlada podredno navaja, da obravnavane storitve reševanja izpolnjujejo pogoje za posebni položaj v skladu s členom 86(2) ES. Ker naj člen 86(2) ES ne bi vseboval samo izjeme od pravil o konkurenci, temveč tudi od vseh drugih določb Pogodbe ES, naj bi bila tožba Komisije tudi s tega vidika neutemeljena. Nemška vlada nazadnje opozarja na dva sklepa Bundesgerichtshof z dne 1. decembra 2008, v skladu s katerima bi se morala zakonodaja o oddaji javnih naročil odtlej uporabljati tudi pri oddaji pogodb o storitvah reševanja.

29. Nizozemska vlada izhaja iz tega, da je Zvezna republika Nemčija izpolnila obveznosti iz direktiv o javnih naročilih in ni kršila členov 43 ES in 49 ES. Obravnavane javne storitve reševanja naj bi bilo treba šteti za storitve splošnega gospodarskega pomena v smislu člena 86(2) ES. Pri tem naj bi bilo treba upoštevati, da izjema, določena v členu 86(2) ES, velja tudi na področju temeljnih svoboščin. Nizozemska vlada nazadnje obravnava možnost uporabe izjeme v skladu s členoma 45 ES in 55 ES. Pri tem se nagiba k stališču, da bi bili pogoji uporabe te izjeme pri obravnavanih storitvah reševanja lahko izpolnjeni.

VII – Pravna presoja

A – *Dopustnost*

30. Posebna značilnost postopkov zaradi neizpolnitve obveznosti v skladu s členom 226 ES je, da se z določitvijo predmeta postopka v predhodnem postopku omeji dopusten predmet tožbe v sodnem postopku, ki sledi. V skladu z ustaljeno sodno prakso se morata obrazloženo mnenje in naknadna tožba zaradi neizpolnitve obveznosti opirati na enake razloge in trditve, tako da Sodišče očitka, ki ni bil naveden v obrazloženem mnenju, ne more preizkusiti.[4]

31. Namen tega pogoja za dopustnost, ki prepoveduje, da se v tožbi razširijo očitki, navedeni v obrazloženem mnenju, je varstvo pravice do obrambe zadevne države članice, ki naj bi ji bila dana možnost, da izpolni obveznosti, ki jih ima po pravu Skupnosti, in se učinkovito brani pred očitki Komisije. Hkrati

4 – Glej sodbe z dne 26. marca 2009 v zadevi Komisija proti Italiji (C-326/07, ZOdl., str. I-2291, točka 29); z dne 24. junija 2004 v zadevi Komisija proti Nizozemski (C-350/02, ZOdl., str. I-6213, točka 20); z dne 11. maja 1989 v zadevi Komisija proti Nemčiji (76/86, Recueil, str. 1021, točka 8) in z dne 7. maja 1987 v zadevi Komisija proti Belgiji (186/85, Recueil, str. 2029, točka 13).

je iz tega pogoja razvidno splošno osnovno procesnopravno pravilo, da mora biti v morebitnem sodnem postopku predmet spora jasno opredeljen.[5]

32. Po mojem mnenju je Komisija v obravnavanem postopku pri opredelitvi tožbenih predlogov nedopustno presegla očitke, ki jih je navedla v obrazloženem mnenju. Za pojasnilo in razmejitev te nedopustne razširitve tožbe bom najprej obravnavala uvrstitev obravnavanih storitev reševanja v sistem direktiv o javnih naročilih. Nato bom razložila, kako je Komisija v tožbi drugače opredelila predloge iz obrazloženega mnenja in kako je s tem spremenila tudi predmet postopka.

33. Okoliščina, da Zvezna republika Nemčija ni izrecno očitala nedopustnosti razširitve tožbe, pa ni pomembna. Ker je prepoved razširitve predmeta spora bistveno jamstvo, ki ga je želela Pogodba ES, in je spoštovanje tega jamstva bistvena predpostavka za pravilnost postopka zaradi neizpolnitve obveznosti države članice,[6] lahko Sodišče to ugotovi tudi po uradni dolžnosti, brez očitka Zvezne republike Nemčije.[7]

1. Storitve reševanja kot mešane storitve v sistemu direktiv o javnih naročilih

34. Tako Direktiva 92/50 kot tudi Direktiva 2004/18 razlikujeta med tako imenovanimi storitvami prve in druge stopnje. Storitve prve stopnje so naštete v Prilogi I A k Direktivi 92/50 in v vsebinsko enaki Prilogi II A k Direktivi 2004/18 in med drugim zajemajo storitve kopenskega transporta. Storitve kopenskega transporta so naštete v Prilogi I B k Direktivi 92/50 in v vsebinsko enaki Prilogi II B k Direktivi 2004/18 in med drugim zajemajo storitve zdravstva. Najpomembnejša razlika med storitvami prve stopnje iz prilog I A in II A in storitvami druge stopnje iz prilog I B in II B z vidika zakonodaje o oddaji javnih naročil je, da se ustrezna direktiva o javnih naročilih v celoti uporablja samo za storitve prve stopnje.[8] V zvezi s storitvami druge stopnje pa je določeno samo, da

5 – Glej sodbo z dne 22. marca 2007 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-437/04, ZOdl., str. I-2513, točka 39 in naslednja) in sodbo Komisija proti Nizozemski (navedena v opombi 4, točka 18 in naslednja).

6 – Glej sodbo z dne 27. aprila 2006 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-441/02, ZOdl., str. I-3449, točka 59).

7 – *Argumentum a fortiori* iz člena 92(1) Poslovnika Sodišča. Tako tudi Karpenstein/Karpenstein v: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, člen 226 PES, točka 82 (39. dodatek, stanje julija 2009).

8 – Člen 8 Direktive 92/50 in člen 20 Direktive 2004/18.

veljajo pravila o tehničnih specifikacijah in da morajo naročniki Komisijo obvestiti o oddaji naročil.[9]

35. V obravnavanem postopku ni sporno, da je treba obravnavane storitve reševanja opredeliti kot mešane storitve, ki vsebujejo tako sestavine storitev prve stopnje kot tudi sestavine storitev druge stopnje. Ta opredelitev izhaja neposredno iz sodbe Tögel,[10] v kateri so bili reševalni prevozi in prevozi bolnikov v spremstvu bolničarja opredeljeni kot mešane storitve v smislu člena 10 Direktive 92/50.[11] Pri tem je treba prevoz oseb uvrstiti med storitve prve stopnje, zdravstveno oskrbo med prevozom pa med storitve druge stopnje.

36. Za mešana naročila za storitve prve in druge stopnje se v skladu s členom 10 Direktive 92/50 oziroma členom 22 Direktive 2004/18 ustrezna direktiva o javnih naročilih uporablja v celoti, če je vrednost storitev prve stopnje večja od vrednosti storitev druge stopnje. V nasprotnem primeru je treba mešana naročila obravnavati kot naročila za storitve druge stopnje.

2. Preoblikovanje predlogov v tožbi

37. Komisija je v obrazloženem mnenju izrecno upoštevala mešano naravo obravnavanih storitev reševanja tako pri pravni presoji kot tudi pri opredelitvi posameznih očitkov.

38. V obrazloženem mnenju je navedla zlasti, da pri obravnavanih storitvah reševanja prevladujejo prometne storitve v smislu Priloge I A k Direktivi 92/50 oziroma Priloge II A k Direktivi 2004/18, tako da je Zvezna republika Nemčija pri oddaji teh naročil kršila člen 10 v povezavi z naslovoma III in IV Direktive 92/50 in od 1. februarja 2006 člen 22 v povezavi s členi od 23 do 55 Direktive 2004/18. Če bi v posameznih navedenih primerih prevladale zdravstvene storitve v smislu Priloge I B k Direktivi 92/50 oziroma

9 – Člen 9 Direktive 92/50 in člen 21 Direktive 2004/18.

10 – Sodba z dne 24. septembra 1998 v zadevi Tögel (C-76/97, Recueil, str. I-5357, točka 40).

11 – Prevoz oseb spada pod opredelitev „kopenski transport“ v smislu kategorije 2 iz Priloge I A k Direktivi 92/50 oziroma kategorije 2 iz Priloge II A k Direktivi 2004/18. Zdravstvena oskrba spada pod opredelitev „zdravstvo“ v smislu kategorije 25 iz Priloge I B k Direktivi 92/50 oziroma kategorije 25 iz Priloge II B k Direktivi 2004/18.

Priloge II B k Direktivi 2004/18, Komisija Zvezni republiki Nemčiji podredno očita kršitev člena 10 v povezavi s členom 16 Direktive 92/50 in od 1. februarja 2006 člena 22 v povezavi s členom 35(4) Direktive 2004/18 in vsekakor kršitev načel svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev v skladu s členoma 43 ES in 49 ES ter kršitev prepovedi diskriminacije, ki jo zajemata ti načeli.

39. Komisija v tožbi namerno ni odgovorila na vprašanje, ali je poudarek obravnavanih storitev reševanja na prevozu oseb ali, nasprotno, na zdravstveni oskrbi. To vprašanje je po mnenju Komisije zdaj mogoče zanemariti, ker je Zvezna republika Nemčija z očitanimi postopki oddaje v vsakem primeru kršila pravila o obveznem obveščanju o oddanih naročilih v skladu s členom 16 Direktive 92/50 oziroma členom 35(4) Direktive 2004/18 in je tudi kršila prepoved diskriminacije, ki jo zajemata načeli svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

40. S to drugačno opredelitvijo tožbenega predloga je Komisija nedopustno spremenila predmet tožbe.

41. Medtem ko je Komisija v obrazloženem mnenju navedla, da je Zvezna republika Nemčija z oddajo storitev reševanja kršila primarnopravno prepoved diskriminacije in zahtevo po preglednosti samo v primerih, v katerih je prevladoval vidik zdravstvene oskrbe, je njeno mnenje v tožbi drugačno, in sicer da bi bilo pri oddaji obravnavanih storitev reševanja vedno treba upoštevati prepoved diskriminacije in zahtevo po preglednosti. To pa nujno predpostavlja, da bi bilo prepoved diskriminacije in zahtevo po preglednosti mogoče neposredno kršiti tudi pri oddaji storitev reševanja, kjer je poudarek na prevozu, kar pa v obrazloženem mnenju ni bilo očitano niti eksplicitno niti implicitno.

42. Predmet postopka je bil torej razširjen tako, da se zdaj očita kršitev prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, tudi pri oddaji mešanih storitev reševanja, kjer je poudarek na prevozu. V tem smislu je obravnavano tožbo treba razglasiti za nedopustno.

43. Temu ni mogoče ugovarjati, češ da sta obveznosti razpisa in obvestila, določeni v direktivah o javnih naročilih, le formulacija

primarnopravne prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti v sekundarnem pravu in da Komisija zato s predlogom, ki ga zdaj utemeljuje s primarnim pravom, vsebinsko ni presegla očitkov, ki jih je navedla v obrazloženem mnenju. Odločilno je namreč dejstvo, da Komisija v tožbi glede mešanih storitev prve stopnje očita kršitev primarnega prava, čeprav je v obrazloženem mnenju navedla, da za te storitve v celoti veljata direktivi o javnih naročilih, in je zato očitala samo neizpolnitev obveznosti iz teh direktiv. Zato se Zvezna republika Nemčija v predhodnem postopku ni mogla ukvarjati z vprašanjem, ali je oddajo naročil za opravljanje storitev reševanja, katerih poudarek je na prevozu oseb in zato za njih v celoti veljata direktivi o javnih naročilih, sploh mogoče neposredno presojati glede na merila primarnega prava, ki izhajajo iz prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti.[12]

44. Če bi se sprememba podlage za tožbo, ki jo obravnavam, razglasila za dopustno, bi to privedlo k nesprejemljivi kršitvi pravice do obrambe Zvezne republike Nemčije, ker bi se ji s tem onemogočilo, da bi se že v predhodnem postopku ukvarjala s temeljnim vprašanjem, ali in koliko se je Komisija v tožbenih predlogih v zvezi z oddajo mešanih storitev prve stopnje smela neposredno opreti na primarno pravo.

45. V zvezi s tem je treba prav tako opozoriti, da se zdi, da Komisija na nekaterih mestih v tožbi očita kršitev člena 2 Direktive 2004/18 in si prizadeva za ustrezno obsodbo Zvezne republike Nemčije.[13] Če bi si bilo treba tožbene predloge razlagati v tem smislu, je treba kot nedopusten zavrniti tudi ta tožbeni predlog, saj v obrazloženem mnenju ni izrecno očitana kršitev člena 2 Direktive 2004/18.

12 – V zvezi s tem se postavlja zlasti vprašanje, ali je preizkus oddaje obravnavanih naročil na podlagi prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti iz primarnega prava združljiv z načelom prednosti uporabe sekundarnega prava in ciljem postopka zaradi neizpolnitve obveznosti v skladu s členom 226 ES. V zvezi s tem glej točko 95 in naslednje teh sklepnih predlogov.

13 – Komisija v točki 39 tožbe z dne 15. aprila 2008 pod naslovom „Kršitev člena 16 Direktive 92/50/EGS in člena 35(4) Direktive 2004/18/ES“ navaja, da je člena 14 in 16 Direktive 92/50 ter člena 23 in 35(4) Direktive 2004/18 v obravnavanem primeru vsekakor mogoče uporabiti. V točki 40 nato očita kršitev člena 16 Direktive 92/50 oziroma člena 35(4) Direktive 2004/18. Komisija v točki 41 navaja, da je mogoče člena 3(2) Direktive 92/50 in 2 Direktive 2004/18 v obravnavanem primeru prav tako uporabiti, ne da bi pri tem izrecno očitala njuno kršitev ali ju dodatno obravnavala. Vendar pa v povzetku tožbenih predlogov v točki 72 očita kršitev člena 10 v povezavi s členom 16 Direktive 92/50 in členov 2 in 22 v povezavi s členom 35(4) Direktive 2004/18.

3. Predlog

46. Glede na te preudarke predlagam, naj se obravnavana tožba zaradi neizpolnitve obveznosti v delu, v katerem se z njo očita kršitev prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, tudi pri oddaji storitev reševanja, kjer je poudarek na prevozu, zavrne kot nedopustna.

47. Če bi Sodišče ugotovilo, da Komisija v tožbi predlaga tudi ugotovitev kršitve člena 2 Direktive 2004/18, naj kot nedopusten zavrže tudi ta tožbeni predlog.

B – *Utemeljenost*

48. Zvezna republika Nemčija na tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jo je vložila Komisija, odgovarja s tremi argumenti. Prvič, nemška vlada se sklicuje na izjemo iz člena 45 ES in podredno na utemeljitveni razlog v skladu s členom 86(2) ES. Drugič, nemška vlada izpodbija nekatere trditve o dejanskem stanju, ki jih je navedla Komisija. Tretjič, nemška vlada nasprotuje predlogu Komisije, naj Sodišče ugotovi obstoj prakse, ki je v nasprotju z zakonodajo o oddaji javnih naročil.

49. V tem smislu bom v nadaljevanju najprej obravnavala problematiko oddaje naročil za storitve reševanja ob upoštevanju člena 45(1) ES v povezavi s členom 55 ES in nato ob upoštevanju člena 86(2) ES. Potem bom posamično preučila vsakega od devetih postopkov oddaje javnega naročila, ki jim ugovarja Komisija. Na koncu se bom posvetila vprašanju, ali rezultati tega preizkusa upravičujejo ugotovitev, da obstaja praksa, ki je v nasprotju z zakonodajo o oddaji javnih naročil.

1. Neuporabljivost izjeme iz člena 45(1) ES

50. V skladu s členom 45(1) ES v povezavi s členom 55 ES se določbe primarnega prava o svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev ne uporabljajo za tiste dejavnosti, ki so v posamezni državi članici povezane,

čeprav občasno, z izvajanjem javne oblasti. Če je dejavnost v posamezni državi članici povezana z izvajanjem javne oblasti, se zanjo torej ne uporabljajo določbe o svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev.

51. Enako mora veljati za določbe sekundarnega prava, sprejete zaradi uresničevanja poglavij o svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev. Če taki pravni akti sekundarnega prava urejajo tudi dejavnost, ki je povezana z izvajanjem javne oblasti, je treba za to, da je razlaga predpisa sekundarnega prava skladna s Pogodbo, ugotoviti, da se za navedene dejavnosti v zadevnih državah članicah ta predpis ne uporablja.[14]

52. Če naj bi bile storitve nujnih reševalnih prevozov in prevozov bolnikov, ki so predmet obravnavanih oddaj naročil, povezane z izvajanjem javne oblasti v smislu člena 45(1) ES, bi bilo treba kršitev načel svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, ki jo očita Komisija, zavrniti kot neutemeljeno. Ker sta bili poleg tega tako Direktiva 92/50 kot tudi Direktiva 2004/18 sprejeti na podlagi členov 47(2) ES in 55 ES in torej ob izvajanju določb primarnega prava o pristojnostih iz poglavij o svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev, bi bilo treba v tem primeru kot neutemeljen zavrniti tudi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti iz teh direktiv o javnih naročilih.

53. Vendar nisem prepričana, da se opravljanje storitev nujnih reševalnih prevozov in prevozov bolnikov lahko opredeli kot dejavnost v smislu člena 45(1) ES, ki je povezana, čeprav občasno, z izvajanjem javne oblasti.

54. Prvič, treba je spomniti, da razlaga pojma „izvajanje javne oblasti“ v smislu člena 5(1) ES spada na področje prava Skupnosti. Kajti pravni red Skupnosti načeloma ne določa svojih pojmov tako, da bi se oprl na enega ali več nacionalnih pravnih redov, razen če je to izrecno določeno.[15]

14 – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Lenza, predstavljene 19. septembra 1991 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-306/89, Recueil, str. I-5863, točka 28). Glej tudi Randelzhofer/Forsthoff v: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, člen 45 PES, točka 14 (39. dodatek, stanje julija 2009).

15 – Glej sodbe z dne 18. decembra 2007 v zadevi Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, ZOdl., str. I-12273, točka 21), z dne 22. maja 2003 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-103/01, Recueil, str. I-5369, točka 33) in z dne 2. aprila 1998 v zadevi EMU Tabac in drugi (C-296/95, Recueil, str. I-1605, točka 30).

55. Podlaga za odgovor na vprašanje, ali je dejavnost povezana z izvajanjem javne oblasti v smislu člena 45(1) ES, je torej opredelitev javne oblasti v pravu Skupnosti v smislu te določbe.

56. Pogoj za domnevo sodelovanja pri izvajanju javne oblasti v smislu člena 45 ES je možnost izvrševanja posebnih pravic in privilegijev javnih oblasti ter uporabe prisilnih sredstev v razmerju do državljanov.[16]

57. Zaradi osnovnega pomena temeljnih svoboščin za notranji trg je treba člen 45(1) ES – po potrebi v povezavi s členom 55 ES – kot izjemo od načela svobode ustanavljanja oziroma svobode opravljanja storitev razlagati ozko.[17] Torej se izjema v skladu s členom 45(1) ES ne more uporabljati za vsako dejavnost, v okviru katere se v razmerju do državljanov lahko izvršujejo posebne pravice in privilegiji javnih oblasti ali uporabljajo prisilna sredstva. Nasprotno, to sodelovanje pri izvajanju javne oblasti mora biti dovolj intenzivno in neposredno.

58. Pogoj za „izvajanje javne oblasti“ v smislu člena 45(1) ES je z drugimi besedami dovolj kvalificirano izvrševanje posebnih pravic in privilegijev javnih oblasti ali uporaba prisilnih sredstev. Sodišče je to kvalitativno oceno sodelovanja pri nalogah oblasti povzelo v zahtevi, da je pogoj za uporabo člena 45(1) ES – po potrebi v povezavi s členom 55 ES – „neposredno“ in „posebno“ sodelovanje pri izvajanju javne oblasti.[18]

59. Tako je Sodišče v sodbi z dne 29. oktobra 1998 v zadevi Komisija proti Španiji[19] pri obravnavi vprašanja, ali so bile dejavnosti zasebnih podjetij za varovanje v Španiji povezane z izvajanjem javne oblasti, poudarilo, da zasebne varnostne službe opravljajo samo pomožne dejavnosti, tudi če v nekaterih položajih pomagajo javnim varnostnim službam. Torej zasebna podjetja za varovanje

16 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Mayrasa, predstavljeni 28. maja 1974 v zadevi Reyners (2/74, Recueil, str. 631).

17 – Sodišče ta omejevalni pristop potrjuje v odslej ustaljeni sodni praksi, pri čemer opozarja, da je treba pri presoji izjem od svobode ustanavljanja, določenih v členu 45 ES, upoštevati skupnostno naravo omejitev, ki so v tem členu postavljene za to svobodo. Glej sodbo z dne 22. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-438/08, ZOdl., str. I-10219, točka 35).

18 – Glej sodbo Komisija proti Portugalski (navedena v opombi 17, točka 36) ter sodbi z dne 30. marca 2006 v zadevi Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, ZOdl., str. I-2941, točka 46) in z dne 13. julija 1993 v zadevi Thijssen (C-42/92, Recueil, str. I-4047, točka 22).

19 – C-114/97, Recueil, str. I-6717, točka 38 in naslednja.

niso „neposredno in posebno“ sodelovala pri izvajanju javne oblasti. Generalni pravobranilec Alber je v sklepnih predlogih v tej zadevi predlagal tako rešitev, pri čemer je opozoril, da je treba razlikovanje med glavnimi in pomožnimi nalogami razumeti kot kvalitativno in ne kvantitativno merilo in da je med pooblastili javnih varnostnih služb in pooblastili zasebnih varnostnih služb stopenjska razlika.[20]

60. Sodišče je bilo podobno strogo nazadnje v sodbi z dne 22. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Portugalski,[21] v kateri je razsodilo, da se za obravnavane dejavnosti zasebnopravnih organizacij za tehnične preglede vozil ne uporablja izjema, določena v členu 45 ES, čeprav so te organizacije izdajale potrdila o tehničnih pregledih, ki so jih izvedle, in so s tega vidika izvajale tudi pristojnosti javnih oblasti. Vendar naj to izvajanje pristojnosti javnih oblasti ne bi izpolnjevalo kvalitativnega merila „neposrednega in posebnega“ sodelovanja pri izvajanju javne oblasti v smislu člena 45 ES. Sodišče je v zvezi s tem opozorilo, prvič, da naj bi bila izdaja potrdila samo pravna posledica, ki nastane zaradi zadevnega tehničnega pregleda, ne da bi službe za tehnične preglede lahko dejansko samostojno odločale. Drugič, odločitve o izdaji ali zavrnitvi potrdila o tehničnem pregledu naj bi se sprejemale pod neposrednim nadzorom države.[22]

61. Sodišče je pri preizkusu možnosti uporabe izjeme iz člena 45 ES za revizorje pri zavarovalnicah in zasebnih socialnovarstvenih ustanovah že ugotovilo, da se opravljanje zgolj pomožnih in pripravljalnih nalog za ustanovo, ki z izdajo dokončne odločbe dejansko izvaja javno oblast, ne more šteti za sodelovanje pri izvajanju javne oblasti v smislu te izjeme.[23]

62. Mogoče je povzeti, da morajo biti v skladu z odtlej ustaljeno sodno prakso za „izvajanje javne oblasti“ v smislu člena 45(1) ES izpolnjene visoke kvalitativne zahteve, ki pri

20 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Alberja, predstavljeni 7. maja 1998 v zadevi Komisija proti Španiji (C-114/97, Recueil, str. I-6717, točka 27 in naslednja). Ugotovitev, da dejavnost podjetij za nadzor ali varovanje običajno ne pomeni neposrednega in posebnega sodelovanja pri izvajanju javne oblasti, je bila potrjena v sodbah z dne 13. decembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji (C-465/05, ZOdl., str. I-11091, točka 31 in naslednje), z dne 31. maja 2001 v zadevi Komisija proti Italiji (C-283/99, Recueil, str. I-4363, točka 20 in naslednje) in z dne 9. marca 2000 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-355/98, Recueil, str. I-1221, točka 25 in naslednja).

21 – Navedena v opombi 17.

22 – Sodišče je do podobnega sklepa prišlo že v sodbah z dne 29. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-404/05, ZOdl., str. I-10239, točka 39 in naslednje) in Komisija proti Avstriji (C-393/05, ZOdl., str. I-10195, točka 37 in naslednje) pri preizkusu dejavnosti zasebnih nadzornih organov za ekološke pridelke.

23 – Sodba Thijssen (navedena v opombi 18, točka 17 in naslednje). Glej tudi sodbo Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (navedena v opombi 18, točka 44 in naslednje) v zvezi z določenimi storitvami davčnega svetovanja in pomoči, ki jih opravljajo Centri di Assistenza Fiscale v Italiji.

sklicevanju na člen 45 ES do zdaj skoraj še nikoli niso bile izpolnjene.[24]

63. Zdi se mi, da tudi v obravnavanem postopku ponudniki storitev nujnih reševalnih prevozov in prevozov bolnikov sicer omejeno sodelujejo pri izvajanju javne oblasti, vendar ne izpolnjujejo kvalitativnih zahtev, potrebnih za uporabo člena 45 ES.

64. Zvezna republika Nemčija utemeljuje sodelovanje pri izvajanju javne oblasti, prvič, s tem, da bi bilo treba obravnavane pogodbe v skladu z nemško zakonodajo opredeliti kot javnopravne pogodbe. Drugič, Zvezna republika Nemčija poudarja posebne pravice, ki jih imajo reševalne službe v skladu z zakonodajo o cestah in zakonodajo o cestnem prometu, in sicer predvsem to, da lahko z uporabo modre luči in sirene dajejo ukaze drugim udeležencem v prometu, ki jih morajo ti izpolniti, neizpolnitev pa se lahko kaznuje z globo. Tretjič, Zvezna republika Nemčija navaja, da reševalne službe pogosto sodelujejo pri organizaciji reševalne službe in izpolnjevanju nalog oblasti na področju požarne varnosti in civilne zaščite in pomagajo tudi policijski varnostni službi z zagotavljanjem sredstev za reševanje v okviru ukrepov javne varnosti. Četrtič, Zvezna republika Nemčija poudarja imenovanje reševalnega osebja za upravne izvršilne uradnike, ki je pogosto določeno v deželni zakonodaji.

65. Ti argumenti niso prepričljivi.

66. Zvezna republika Nemčija pri prvi utemeljitvi ne upošteva načela, da pravni red Skupnosti načeloma ne določa svojih opredelitev tako, bi se oprl na enega ali več nacionalnih pravnih redov.[25] Okoliščina, da naj bi bile obravnavane reševalne službe v skladu z nemško zakonodajo osebe javnega prava, ni pomembna za odgovor na vprašanje, ali te reševalne službe spadajo na področje veljavnosti člena 45 ES.

67. Čeprav Zvezna republika Nemčija nato pravilno domneva, da je dejstvo, da reševalne službe uporabljajo modro luč in sireno, treba

24 – Poleg že navedenih sodb glej sodbo z dne 18. decembra 2007 v zadevi Jundt (C-281/06, ZOdl., str. I-12231, točka 35 in naslednje) v zvezi z opravljanjem poučevanja po naročilu univerze.

25 – Glej točko 54 in naslednjo teh sklepnih predlogov.

obravnavati kot izvajanje posebne pravice, se mi zdi, da konkretna oblika te posebne pravice ni dovolj intenzivna, da bi se v skladu z ustaljeno sodno prakso zanjo lahko uporabljal člen 45 ES. Navedene posebne pravice so namreč omejene na to, da se po eni strani vozila reševalne službe lahko posebno opremijo in se jim vgradita modra luč in sirena, po drugi strani pa na to, da se s temi vozili v cestnem prometu pod posebnimi pogoji lahko uveljavlja prednost pred drugimi udeleženci v prometu, pri čemer so drugi udeleženci v prometu, če ne upoštevajo teh posebnih pravic, kaznovani z globo. Po mojem mnenju te sorazmerno šibke posebne pravice ne izpolnjujejo že obravnavanih visokih kvalitativnih zahtev, ki morajo biti izpolnjene za izvajanje javne oblasti v smislu člena 45 ES.

68. Tudi argument nemške vlade, da reševalne službe sodelujejo pri organizaciji reševalne službe ter požarni varnosti in civilni zaščiti in zagotavljajo sredstva za reševanje v pomoč varnostnim organom in gasilcem, ni prepričljiv. V zvezi s tem je treba po eni strani opozoriti, da je treba zagotavljanje sredstev za reševanje v pomoč varnostnim organom praviloma obravnavati zgolj kot podporno in pripravljalno dejavnost, ki v skladu z že obravnavano sodno prakso ne more biti neposredno povezana z izvajanjem javne oblasti. Tudi če bi primeri sodelovanja reševalnih služb pri organizaciji reševalne službe ter požarni varnosti in civilni zaščiti,[26] ki jih je navedla Zvezna republika Nemčija, presegli okvire zgolj podpornih in pripravljalnih dejavnosti, te dejavnosti ne izpolnjujejo že obravnavanih visokih kvalitativnih zahtev, ki morajo biti izpolnjene za izvajanje javne oblasti v smislu člena 45 ES.

69. Končno, argument, da je možnost imenovanja reševalnega osebja v upravne izvršilne uradnike pogosto določena v deželnih zakonodajah, ne vzdrži že zaradi ugotovitve, da iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da se razširitev izjeme, dovoljene v členih 45 ES in 55 ES, na celoten poklic ne prizna, če dejavnosti, ki so morebiti povezane z izvajanjem javne oblasti, pomenijo neločljivi del celotne zadevne poklicne dejavnosti.[27]

70. Glede na navedeno lahko sklenem, da obravnavana dejavnost opravljanja storitev

26 – Kot primere nalog oblasti, ki jih opravljajo reševalci, Zvezna republika Nemčija navaja ukrepe za izpraznitev, zavarovanje in zaporo v sili ter na splošno sodelovanje reševalcev pri načrtovanju, organizaciji in upravljanju reševalne službe, v okviru katere imajo na primer pravico tretjim osebam naložiti obveznost informiranja oziroma obveščanja ali lahko odločajo o posredovanju drugih strokovnih služb.

27 – Sodbi Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 22, točka 47) in Komisija proti Avstriji (navedena v opombi 22, točka 45).

reševanja ni neposredno in posebno povezana z izvajanjem javne oblasti. Izjema iz člena 45 ES zato v obravnavanem postopku ne velja.

2. Neobstoj utemeljitvenega razloga v smislu člena 86(2) ES

71. Zvezna republika Nemčija s sklicevanjem na sodbo Ambulanz Glöckner[28] podredno navaja, da bi bilo treba storitve reševanja opredeliti kot storitve splošnega gospodarskega pomena v smislu člena 86(2) ES, pri čemer bi bilo mogoče utemeljitveni razlog, ki ga vsebuje ta določba, brez omejitve prenesti na področje svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

72. Ta utemeljitev me ne prepriča.

73. Zvezni republiki Nemčiji je treba pritrditi glede navedbe, da je Sodišče v sodbah z dne 23. oktobra 1997 v zadevi Komisija proti Nizozemski[29] in z dne 18. junija 1998 v zadevi Corsica Ferries France[30] razglasilo, da je mogoče uporabiti utemeljitveni razlog v smislu člena 86(2) ES tudi za državne ukrepe, ki niso združljivi s predpisi Pogodbe ES o prostem pretoku blaga oziroma svobodi opravljanja storitev, in je tako potrdilo, da je člen 86(2) ES mogoče uporabiti za utemeljitev kršitev člena 86(1) ES v povezavi s temeljnimi svoboščinami.[31]

74. Ob upoštevanju novejših usmeritev v sodni praksi Sodišča pa se najprej postavlja vprašanje, ali sta sodbi Komisija proti Nizozemski in Corsica Ferries France v tej točki še neomejeno veljavni. V skladu z najnovejšo sodno prakso dejstvo, da za dejavnost ob upoštevanju njene konkretne oblike ne veljajo predpisi o varstvu konkurence, namreč ne pomeni nujno, da zanjo prav tako ne veljajo predpisi o prostem pretoku.[32]

75. Tu se postavlja vprašanje, ali ne bi bilo treba sodno prakso o možnosti uporabe člena 86(2) ES na področju temeljnih svoboščin, utemeljeno s sodbama Komisija proti

28 – Sodba z dne 25. oktobra 2001 v zadevi Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, str. I-8089).

29 – C-157/94, Recueil, str. I-5699, točka 27 in naslednje.

30 – C-266/96, Recueil, str. I-3949, točka 59.

31 – Glej tudi Mestmäcker/Schweitzer v Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. izdaja, München 2007, člen 86(2) PES, točka 42; Pernice/Wernicke v: Grabitz/Hilf, *op. cit.* (opomba 14), člen 86 PES, točka 53.

32 – Sodba z dne 11. decembra 2007 v zadevi International Transport Workers' Federation in Finnish Seamen's Union („Viking Line", C-438/05, ZOdl., str. I-10779, točka 53). Glej tudi sodbo z dne 18. julija 2006 v zadevi Meca-Medina (C-519/04 P, ZOdl., str. I-6991, točke od 31 do 34).

Nizozemski in Corsica Ferries France, preizkusiti, še zlasti ker se zdi, da je Sodišče tako možnost uporabe v starejši sodni praksi še izključevalo.[33]

76. Vendar v obravnavanem postopku tega vprašanja ni treba dalje obravnavati. Zvezna republika Nemčija je namreč neuspešna že pri dokazovanju izpolnitve samih pogojev za uporabo člena 86(2) ES.

77. Država članica, ki se sklicuje na člen 86(2) ES, mora dokazati, da je podano v njem navedeno dejansko stanje.[34]

78. Na ravni dejanskega stanja je za uporabo člena 86(2) ES v obravnavanem primeru treba dokazati, da je treba obravnavane storitve reševanja opredeliti kot storitve splošnega gospodarskega pomena, da bi sprememba očitane prakse oddajanja naročil v smislu prava Skupnosti pravno ali dejansko preprečila ali ogrozila opravljanje teh storitev in da očitana praksa ni ovirala razvoja trgovine v obsegu, nezdružljivem z interesom Skupnosti.

79. Medtem ko ne bi smelo biti sporno, da je treba storitve nujnih reševalnih prevozov opredeliti kot storitve splošnega gospodarskega pomena v smislu člena 86(2) ES,[35] Zvezna republika Nemčija v obravnavanem postopku ni dokazala, da je očitana praksa oddajanja naročil nujno potrebna in da naloge opravljanja obravnavanih storitev reševanja torej ni mogoče izpolniti z drugimi sredstvi, ki bolj upoštevajo pravo Skupnosti.

80. Zvezna republika Nemčija v zvezi s tem navaja le, da bi vključitev vedno novih ponudnikov storitev reševanja v sistem storitev reševanja neke regije lahko otežilo ali preprečilo navzkrižno subvencioniranje med gosto poseljenimi območji, na katerih je opravljanje storitev reševanja bolj donosno, in območji z majhno gostoto prebivalstva, ki so precej manj donosna. Poleg tega naj bi bilo varstvo člansko organiziranih organizacij za pomoč, dejavnih v Nemčiji, ki je neločljivo

33 – Sodba z dne 10. julija 1984 v zadevi Campus Oil in drugi (72/83, Recueil, str. 2727, točka 19).

34 – Glej sodbo z dne 23. oktobra 1997 v zadevi Komisija proti Franciji (C-159/94, Recueil, str. I-5815, točka 101).

35 – Glej sodbo Ambulanz Glöckner (navedena v opombi 28, točka 55).

povezano z zdajšnjo prakso oddajanja naročil, potrebno, ker naj bi te organizacije morale obvezno pomagati ob katastrofah. Skladno s tem naj bi samo te organizacije zagotovile, da bi bilo ob katastrofi mogoče poseči po številnih pomočnikih prostovoljcih, ki prebivajo v bližini, ti pomočniki pa bi morali imeti možnost rednega pridobivanja praktičnih izkušenj v reševalni službi.

81. Komisija je v odgovoru ugovarjala argumentu navzkrižnega subvencioniranja, saj naj trditev, da reševalne organizacije potrebujejo navzkrižno subvencioniranje, da lahko donosno oskrbujejo manj donosna območja, ne bi bila dober argument za neizvedbo razpisa storitev reševanja v skladu s pravom Skupnosti. Različno donosnost nekaterih okolišev naj bi bilo mogoče izenačiti z višjim plačilom za manj donosne okoliše. Druga možnost naj bi bila kombinirana oddaja storitev nujnih reševalnih prevozov in storitev prevozov bolnikov geografsko omejenim območjem, ki zajemajo donosnejše in tudi manj donosne okoliše.

82. Zvezna republika Nemčija v dupliki ni trdila, da bi te druge možnosti zakonodaje o oddaji javnih naročil, ki jih je navedla Komisija, ob upoštevanju zadevnih dejanskih in pravnih okoliščin otežile ali celo onemogočile izpolnitev naloge opravljanja storitev nujnih reševalnih prevozov. Zaradi tega je treba argument, da je očitana praksa oddajanja naročil potrebna zaradi navzkrižnega subvencioniranja, ki izhaja iz nje, zavrniti kot nezadostno utemeljen.

83. Enako velja za argument v zvezi s številnimi pomočniki prostovoljci z bivališčem v bližini. Komisija je v zvezi s tem kot na drugo možnost, skladno z zakonodajo o javnih naročilih, opozorila na možnost razpisa, pri katerem bi se kot merilo za izbor upoštevala razpoložljivost na kraju samem. Tudi tej možnosti Zvezna republika Nemčija v dupliki ni utemeljeno ugovarjala.

84. Glede na te preudarke ugotavljam, da Zvezna republika Nemčija ni predložila potrebnega dokaza, da praksa oddajanja naročil za storitve reševanja, ki ji jo Komisija očita v obravnavanem primeru, izpolnjuje pogoje iz člena 86(2) ES. Torej je njeno sklicevanje na

člen 86(2) ES že iz tega razloga treba zavrniti kot neutemeljeno.

reševanja. Predmet storitve naj bi bila začasna zagotovitev vozil in osebja za reševanje v nujnih primerih oziroma za kvalificirani prevoz bolnikov v obdobju od leta 2007 do 2011, pri čemer naj bi bila vrednost naročila več kot 7 milijonov EUR na leto. Vseevropski razpis naj se ne bi izvedel.

3. Analiza devetih očitanih postopkov oddaje javnega naročila

87. Zvezna republika Nemčija ne ugovarja tej predstavitvi dejstev.

85. Komisija ugovarja devetim postopkom oddaje javnega naročila za opravljanje storitev reševanja v štirih zveznih deželah. Na tej podlagi si prizadeva za ugotovitev Sodišča, da je praksa oddajanja naročil Zvezne republike Nemčije nezakonita. Ker lahko gre za nezakonito prakso samo, če je bilo med izvajanjem posameznih očitanih postopkov oddaje javnega naročila dejansko kršeno pravo Skupnosti, bom najprej preučila, ali in koliko je pri izvedbi posameznih oddaj naročil mogoče ugotoviti kršitve predpisov in načel, ki jih je navedla Komisija.

88. Komisija meni, da ta oddaja naročila pomeni kršitev člena 16 Direktive 92/50 oziroma člena 35(4) Direktive 2004/18 s strani Zvezne republike Nemčije. Poleg tega naj bi bili s to oddajo kršeni tudi prepoved diskriminacije in zahteva po preglednosti, ki naj bi ju zajemali svoboda ustanavljanja in svoboda opravljanja storitev.

a) Oddaja naročila mesta Magdeburg (Saška-Anhalt)

i) Kršitev člena 16 Direktive 92/50 oziroma člena 35(4) Direktive 2004/18

86. Mesto Magdeburg je po podatkih Komisije kot naročnik od oktobra 2005 izvajalo tako imenovani „postopek odobritve“ za oddajo odplačnih pogodb o storitvah

89. S Komisijo se strinjam, da je mesto Magdeburg z oddajo naročila, ki se mu očita,

vsekakor kršilo člen 16 Direktive 92/50 oziroma člen 35(4) Direktive 2004/18.

reševanja višja vrednost prevoza ali, nasprotno, vrednost zdravstvene oskrbe.

ii) Neobstoj kršitve primarnopravne prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti

90. Kot je nesporno prikazala Komisija, je mesto Magdeburg kot naročnik v smislu direktiv o javnih naročilih z enim ponudnikom storitve sklenilo pisno odplačno pogodbo o opravljanju storitev reševanja, katere vrednost po oceni presega prag iz direktiv 92/50 oziroma 2004/18. Čeprav ni bilo natančno ugotovljeno, kdaj so se zgodili postopki, ki so pomembni z vidika zakonodaje o oddaji javnih naročil (po podatkih Komisije se je postopek začel izvajati oktobra 2005), in zato ni jasno, ali je treba očitano oddajo v celoti ali delno preizkusiti na podlagi Direktive 92/50 ali raje na podlagi Direktive 2004/18,[36] manjkajoče natančnejše informacije o kronološkem poteku postopka oddaje v obravnavanem primeru ne morejo biti vzrok za zanikanje kršitve zakonodaje o oddaji javnih naročil. Kajti mesto Magdeburg bi moralo tako v času veljavnosti Direktive 92/50 kot tudi v času veljavnosti Direktive 2004/18 upoštevati obveznost obveščanja o oddanih naročilih (člen 16 Direktive 92/50 oziroma člen 35(4) Direktive 2004/18), in sicer ne glede na vprašanje, ali je bila pri storitvah

– Preizkus utemeljenosti na podlagi domneve, da je tožbeni razlog kršitve primarnega prava delno nedopusten

91. Kot sem razpravljala že pri preizkusu dopustnosti, je treba obravnavano tožbo v delu, v katerem se predlaga, naj se ugotovi, da sta bili pri oddaji naročil za opravljanje storitev reševanja, katerih poudarek je na prevozu oseb, kršeni prepoved diskriminacije in zahteva po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, zavrniti kot nedopustno.[37]

92. Tožbeni razlog, ki se nanaša na kršitev teh načel primarnega prava, je torej dopusten samo v delu, v katerem se z njim očita oddaja

36 – Odločilen je vsakič pravni položaj v času, v katerem se dejanje izvede ali opusti. V zvezi s tem glej Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, točka 416. Glej tudi sodbo z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji (C-337/98, Recueil, str. I-8377, točka 38 in naslednje).

37 – Glej točko 30 in naslednje teh sklepnih predlogov.

storitev reševanja, katerih poudarek je na zdravstveni oskrbi.

93. Da bi bilo mogoče ta – tako omejeni – tožbeni razlog razglasiti za utemeljen, bi morala Komisija najprej dokazati, da so bile predmet postopkov oddaje javnega naročila, ki jim ugovarja, storitve reševanja, katerih poudarek je bil na zdravstveni oskrbi. Tega pa Komisija v obravnavanem postopku ni navedla, še manj dokazala. Nasprotno, Komisija meni, da je vprašanje, ali je poudarek obravnavanih storitev na prevozu oseb ali pa na zdravstveni oskrbi, mogoče zanemariti.

94. Ker mora Komisija v okviru postopka zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES dokazati obstoj navedene neizpolnitve in Sodišču predložiti vse dokaze, ki jih potrebuje za presojo primera,[38] in Komisija glede na zgornje ugotovitve te obveznosti obrazložitve in predložitve dokazov ni izpolnila, je treba tožbeni razlog, ki se nanaša na kršitev prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, v delu, ki je dopusten, zavrniti kot neutemeljen.

– Podredno: Preizkus utemeljenosti, če bi bil tožbeni razlog kršitve primarnega prava v celoti razglašen za dopusten

95. Če bi Sodišče tožbeni razlog kršitve prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, drugače, kot je tu navedeno, v celoti razglasilo za dopusten, bi bilo treba tudi utemeljenost tega tožbenega razloga preizkusiti v celoti.

96. V tem primeru je izhodišče za preizkus utemeljenosti ugotovitev, da Komisija namerno ni odgovorila na vprašanje, ali je poudarek obravnavanih storitev reševanja na prevozu oseb ali, nasprotno, na zdravstveni oskrbi. Zato ni mogoče ugotoviti, ali za te storitve reševanja – kot mešane storitve v smislu Direktive 92/50 oziroma Direktive 2004/18 – v celoti veljata direktivi

38 – Glej sodbe z dne 29. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Finski (C-246/08, ZOdl., str. I-10605, točka 52); z dne 6. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Švedski (C-438/07, ZOdl., str. I-9517, točka 49) in z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski (C-507/03, ZOdl., str. I-9777, točka 33).

o javnih naročilih [39] in ali bi jih bilo torej treba razpisati ob upoštevanju postopkov oddaje javnega naročila, določenih v teh direktivah. Komisija se je tej težavi poskušala izogniti s tem, da je v tožbi posplošeno očitala kršitev prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

97. Zaradi te taktične odločitve Komisije pa se v obravnavanem postopku postavlja temeljno vprašanje, ali se lahko Komisija, če ugotovi, da bi država članica s svojim ravnanjem lahko kršila primarno pravo in direktivi 92/50 oziroma 2004/18, v okviru postopka na podlagi člena 226 ES prosto odloči, ali bo tožbene predloge vložila na podlagi kršitve primarnega prava ali, nasprotno, na podlagi neizpolnitve obveznosti iz direktiv o javnih naročilih. To vprašanje bom obravnavala v nadaljevanju, pri čemer bom uporabila načelo prednosti uporabe sekundarnega prava in upoštevala cilj postopka na podlagi člena 226 ES.

98. Nato bom obravnavala stroge zahteve primarnega prava, ki v skladu z najnovejšo sodno prakso veljajo za dokazovanje čezmejnega interesa pri oddaji storitev druge stopnje, in tudi, kakšen sklep je za presojo obravnavanega primera mogoče narediti na podlagi te sodne prakse.

Načelo prednosti uporabe sekundarnega prava

99. V skladu z ustaljeno sodno prakso načelo prednosti uporabe sekundarnega prava pomeni, da je treba po tem, ko je bilo s sekundarnim pravom dokončno usklajeno neko področje na ravni prava Skupnosti, vsako nacionalno ureditev, ki se nanaša na to področje, presojati na podlagi določb tega sekundarnega pravnega akta, in ne na podlagi določb Pogodbe ES. [40]

100. Komisija v obravnavanem postopku na ravni primarnega prava v bistvu očita kršitev prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

39 – V zvezi s tem glej točko 34 in naslednje teh sklepnih predlogov.

40 – Glej sodbo z dne 11. decembra 2003 v zadevi Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, str. I-14887, točka 64).

101. V skladu z ustaljeno sodno prakso iz načela enakega obravnavanja na področju oddaje javnih naročil, ki je del primarnega prava, izhaja, da imajo neodvisno od državljanstva vsi ponudniki pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti.[41] Iz teh načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva je razvidna zahteva po preglednosti, zaradi katere je treba v dobro vseh potencialnih ponudnikov zagotoviti ustrezno stopnjo obveščenosti javnosti, ki omogoča oddajo naročila konkurenci in nadzor nad nepristranskostjo postopkov oddaje.[42]

102. Ta zapoved enakega obravnavanja in vzpostavitve zadostne preglednosti, ki izhaja iz primarnega prava, je bila z Direktivo 92/50 in Direktivo 2004/18 na podlagi zelo podrobnih pravil za najrazličnejše obveznosti informiranja, obveščanja in objavljanja kar najbolj usklajena. Za te zahteve po preglednosti iz sekundarnega prava je značilna podrobna uskladitev, ki jo je glede različnih točk treba ovrednotiti kot popolno uskladitev.[43]

103. Zaradi prednosti uporabe sekundarnega prava se v obravnavanem postopku postavlja vprašanje, ali Komisija lahko očita kršitev primarnopravne prepovedi diskriminacije in iz nje izhajajoče zahteve po preglednosti, čeprav bi za oddajo obravnavanih naročil, če bi imele storitve prevoza v teh naročilih večjo vrednost kot storitve zdravstvene oskrbe, v celoti veljali direktivi o javnih naročilih[44] in čeprav sta prepoved diskriminacije in zahteva po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in

41 – Sodba z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 48).

42 – Sodbi z dne 15. oktobra 2009 v zadevi Acoset (C-196/08, ZOdl., str. I-9913, točka 49) in z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 21). V zvezi z razmerjem med prepovedjo diskriminacije in zahtevo po preglednosti glej sodbo Komisija proti Irski (navedena v opombi 38, točka 30 in naslednja) ter sodbe z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-412/04, ZOdl., str. I-619, točka 66), z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točka 17 in naslednja) in z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745, točka 60 in naslednje).

43 – Na splošno je treba izhajati iz tega, da naj z Direktivo 92/50 in Direktivo 2004/18 oddaje javnih naročil, za katere ti direktivi veljata, ne bi bile usklajene v celoti. To je razvidno že iz naslovov teh direktiv, v katerih je govor o „usklajevanju“ postopkov za oddajo naročil. Vendar okoliščina, da je bil cilj teh direktiv minimalna uskladitev, ne pomeni, da nekatera področja kljub temu niso bila dokončno usklajena. Zaradi zelo podrobnih pravil, ki jih ti direktivi določata v zvezi z obveznostmi informiranja, obveščanja in objavljanja v posameznih postopkih oddaje naročil, je predvsem na tem področju izjemno težko določiti mejo med zelo podrobno minimalno uskladitvijo in dokončno popolno uskladitvijo. Kot je v sklepnih predlogih, predstavljenih 22. septembra 2009 v zadevi Komisija proti Franciji (C-299/08, točka 12 in naslednje), pravilno ugotovil generalni pravobranilec Mazák in je Sodišče potrdilo v sodbi z dne 10. decembra 2009 v zadevi Komisija proti Franciji (C-299/08, ZOdl., str. I-11587, točka 28 in naslednje), je naštevanje posameznih postopkov za oddajo naročil v členu 28 in naslednjih členih Direktive 2004/18 vsekakor treba ovrednotiti kot taksativno. Iz tega je neposredno razvidno, da je treba vsaj posamezne določbe, ki se nanašajo na te postopke, ovrednotiti kot izraz popolne uskladitve.

44 – Če pa bi Komisija dokazala, da bi bilo treba storitve reševanja obravnavati kot naročila za storitve druge stopnje in bi torej direktivi o javnih naročilih zanje veljali samo delno, bi bila – ob očitnem čezmejnem interesu – v skladu z ustaljeno sodno prakso mogoča uporaba načel, ki izhajajo iz členov 43 ES in 49 ES. Glej sodbo Komisija proti Irski (navedena v opombi 38, točka 29 in naslednja).

svobode opravljanja storitev, s tema direktivama o javnih naročilih podrobno in na nekaterih področjih celo dokončno usklajeni.

104. Sodišče v sodni praksi do zdaj še ni dokončno odgovorilo na to vprašanje.

105. Ni sporno, da omejitve temeljnih svoboščin zaradi prednosti uporabe sekundarnega prava ni mogoče utemeljiti z razlogi, določenimi v primarnem pravu, če se omejitev nanaša na področje, na katerem so utemeljitveni razlogi predmet popolne uskladitve.[45] Nasprotno, nacionalne določbe, s katero država članica izpolni svoje obveznosti iz sekundarnega pravnega akta, ni mogoče ovrednotiti kot kršitve temeljne svoboščine.[46] O veljavnosti sekundarnega prava bi se namreč vzbudil dvom, če bi tisto, kar dovoli primarno pravo, lahko uporabili proti prepovedi sekundarnega prava ali če bi prepoved primarnega prava lahko uporabili proti zapovedi sekundarnega prava.[47]

106. Čeprav je bilo v več predhodnih odločbah prav tako potrjeno, da nacionalnih ukrepov ni več mogoče presojati glede na temeljne svoboščine, če obstaja dokončen predpis sekundarnega prava,[48] do zdaj še ni bilo popolnoma dokončno pojasnjeno, ali tudi v okviru postopka zaradi neizpolnitve obveznosti ni več mogoče neposredno očitati neupoštevanja temeljnih svoboščin, če in kolikor očitano ravnanje hkrati pomeni ali bi lahko pomenilo kršitev predpisa sekundarnega prava, s katerim se je popolnoma uskladilo področje, ki spada pod te temeljne svoboščine.[49]

107. Menim, da v postopku zaradi neizpolnitve obveznosti ni več mogoče neposredno očitati neupoštevanja prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata

45 – Sodbe z dne 24. marca 2009 v zadevi Danske Slagterier (C-445/06, ZOdl., str. I-2119, točka 25), z dne 11. julija 1996 v združenih zadevah Bristol-Myers Squibb in drugi (C-427/93, C-429/93 in C-436/93, Recueil, str. I-3457, točka 25), z dne 30. novembra 1983 v zadevi Van Bennekom (227/82, Recueil, str. 3883, točka 35) in z dne 5. oktobra 1977 v zadevi Tedeschi (5/77, Recueil, str. 1555, točka 33 in naslednje).

46 – Glej sodbo Deutscher Apothekerverband (navedena v opombi 40, točka 52 in naslednje).

47 – V tem smislu: Randelzhofer/Forsthoff v: Grabitz/Hilf, *op. cit.* (opomba 14), uvodni komentar k členom od 39 do 55 PES, točka 149.

48 – Temeljna sodba, na katero je mogoče napotiti, je sodba z dne 12. oktobra 1993 v zadevi Vanacker in Lesage (C-37/92, Recueil, str. I-4947). Glej tudi sodbe z dne 17. aprila 2007 v zadevi AGM-COS.MET (C-470/03, ZOdl., str. I-2749, točka 50 in naslednje), z dne 13. januarja 2005 v zadevi Denkavit (C-145/02, ZOdl., str. I-51, točka 22 in naslednje), z dne 14. decembra 2004 v zadevi Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, ZOdl., str. I-11763, točka 52 in naslednje) in z dne 13. decembra 2001 v zadevi DaimlerChrysler (C-324/99, Recueil, str. I-9897, točka 32 in naslednje).

49 – Za omejitev področja veljavnosti temeljnih svoboščin s pravnimi akti sekundarnega prava, ki so bili sprejeti za popolno uskladitev, glej Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* (ur. Calliess, C./Ruffert, M.), 3. izdaja, 2007, členi od 28 do 30 PES, točka 18.

iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, če očitano ravnanje hkrati pomeni kršitev predpisa sekundarnega prava, ki temelji na teh temeljnih svoboščinah in je bil sprejet za popolno uskladitev zadevnega področja. Če pa bi se Komisiji v takem primeru priznala možnost izbire med očitanjem kršitve temeljne svoboščine ali očitanjem kršitve popolnoma usklajenega predpisa sekundarnega prava, bi to zelo spodkopalo veljavnost sekundarnega prava.

108. Posebnost pravnih aktov sekundarnega prava, ki se sprejmejo za popolno uskladitev, je, da države članice ne smejo uporabljati predpisov, ki so strožji ali blažji od zadevnih predpisov prava Skupnosti. V tem smislu so predpisi, sprejeti za popolno uskladitev, načeloma formulirani zelo konkretno. Če področje, ki spada pod eno od temeljnih svoboščin, torej postane predmet popolne uskladitve sekundarnega prava, je skoraj nemogoče, da primarno in sekundarno pravo nalagata povsem enake obveznosti državam članicam. S predpisom sekundarnega prava namreč oblikovanje in obris določb temeljnih svoboščin preideta v konkretne pravice in dolžnosti. Predpisi primarnega prava pa so precej bolj splošni in jih je zato načeloma mogoče upoštevati na različne načine. Ta različna podrobnost urejanja nujno povzroči vsebinsko napetost med primarnim pravom in sekundarnim pravom, ki je sprejeto za popolno uskladitev, zlasti med „tem, kar primarno pravo dovoli“, in „tem, kar sekundarno pravo prepoveduje“, ali obratno.

109. V že omenjeni sodni praksi o neuporabljivosti utemeljitvenih razlogov primarnega prava, če in kolikor so ti predmet popolne uskladitve, je ta napetost med „tem, kar primarno pravo dovoli“, in „tem, kar sekundarno pravo prepoveduje“, rešeno v korist tega, kar sekundarno pravo prepoveduje, s čimer se sekundarnemu pravu prizna prednost uporabe. Na podlagi enakega tehtanja interesov je treba tudi splošno napetost med vsebinsko abstraktnejšo in manj določeno temeljno svoboščino primarnega prava ter vsebinsko močno konkretiziranim in določenim predpisom sekundarnega prava, ki je bil sprejet za popolno uskladitev in se opira na to temeljno svoboščino, odpraviti v korist tega predpisa sekundarnega prava,[50] kot Sodišče s predhodno odločbo zdaj potrjuje v ustaljeni sodni praksi.[51]

50 – Čeprav je bila v sodbi Danske Slagterier (navedena v opombi 45, točka 18 in naslednje) potrjena možnost sklicevanja državljanov na pravico do prostega pretoka blaga kljub obstoju dveh direktiv za uskladitev zakonodaj, se Sodišče s to sodbo ni izreklo proti prednosti uporabe sekundarnega prava v tukaj mišljenem smislu. Kot sem poudarila v sklepnih predlogih, predstavljenih 4. septembra 2008 v navedeni zadevi (točka 82), namreč nič ne kaže, da je zakonodajalec Skupnosti s tema direktivama želel določiti tudi pravice državljanov Unije in jim s tem vzeti možnost sklicevati se na svojo pravico do prostega pretoka blaga iz člena 28 ES.

51 – V zvezi s tem glej sodbe, navedene v opombi 48.

110. Ob upoštevanju zgoraj navedenega se Komisija, če ugotovi, da bi država članica s svojim ravnanjem lahko kršila tako določbe primarnega prava kot tudi sekundarno pravo, ki je bilo sprejeto za popolno uskladitev in se opira nanje, v postopku zaradi neizpolnitve obveznosti ne more omejiti na posplošeno očitanje kršitve primarnega prava.

111. Enako mora veljati v primeru, kot je obravnavani, v katerem se očita kršitev prepovedi diskriminacije, ki izhaja iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, in kršitev zahteve po preglednosti, ki izhaja iz prepovedi diskriminacije, čeprav bi bilo direktivi o javnih naročilih mogoče uporabiti v celoti in sta ti direktivi podrobno in v nekaterih točkah dokončno uredili prav zahtevo po preglednosti. Kajti zaradi zelo podrobne konkretizacije zahteve po preglednosti v direktivah o javnih naročilih oziroma v sekundarnem pravu tudi tu prihaja do napetosti med „tem, kar primarno pravo dovoli“, in „tem, kar sekundarno pravo prepoveduje“, in obratno, ki jo je ob upoštevanju že obravnavanega vrednotenja treba odpraviti v korist predpisa sekundarnega prava.[52]

112. Ob upoštevanju navedenega se Komisija v primeru, kot je obravnavani, ne more omejiti na posplošeno očitanje kršitve prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

113. To ugotovitev potrjuje podrobnejša analiza cilja postopka zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES. Ta postopek ima v bistvu objektivno-pravno funkcijo, in sicer funkcijo enotnega izvrševanja in spoštovanja prava Skupnosti.[53] Cilj postopka zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES torej ni kaznovanje države članice. Ugotovitev, da je neki postopek ali neka okoliščina v nasprotju s pravom Skupnosti, ni

52 – V zvezi s tem je treba spomniti, da se pri minimalni uskladitvi določijo minimalni standardi, ki jih morajo doseči države članice. Če ti minimalni standardi določajo stroga pravila o upoštevnih postopkih in rokih, ki se jih je treba držati zaradi varstva načela enakega obravnavanja in zahteve po preglednosti, lahko pride do napetosti z določbami primarnega prava, ki ni nič manjša kot pri popolni uskladitvi.

53 – Gaitanides, C., v: von der Groeben, H., Schwarze, J. (izd.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. izdaja, Baden-Baden 2003, člen 226 ES, točka 2. Glej tudi Rengeling, H. W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2. izdaja, München 2003, člen 6, točka 2.

namenjena sama sebi, temveč naj bi najprej razjasnila, ali in koliko obstaja okoliščina, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti. Ugotovitev Sodišča, da je država članica kršila Pogodbo, naj bi hkrati omogočila ugotovitev, katere ukrepe je treba sprejeti na ravni prava Skupnosti za (ponovno) vzpostavitev stanja, skladnega s pravom Skupnosti.[54]

114. Če naj bi se v postopku, kot je obravnavani, na splošno ugotovilo, da je Zvezna republika Nemčija z očitano oddajo naročil kršila primarnopravno prepoved diskriminacije in zahtevo po preglednosti, ne da bi se razjasnilo, ali je poudarek obravnavanih mešanih storitev na storitvah prve stopnje in zato zanje v celoti veljata direktivi o javnih naročilih, pozneje ne bi bilo mogoče z gotovostjo ugotoviti, katere ukrepe bi bilo treba sprejeti na ravni Skupnosti za (ponovno) vzpostavitev stanja, skladnega s pravom Skupnosti. Če bi namreč za storitve reševanja v celoti veljali direktivi o javnih naročilih, upoštevanje vsebinsko manj določenega in konkretiziranega načela primarnega prava o zahtevi po preglednosti ne bi zadostovalo za izpolnitev zelo podrobnih določb direktiv o javnih naročilih.[55]

115. Na podlagi navedenega ugotavljam, da oddaje naročil, ki jo Komisija očita mestu Magdeburg, ob upoštevanju prednosti uporabe sekundarnega prava in cilja postopka zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES ni mogoče presojati glede na prepoved diskriminacije in zahtevo po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

Dokaz čezmejnega interesa za oddajo storitev druge stopnje

116. Izključno nacionalna dejanska stanja načeloma ne spadajo na področje uporabe temeljnih svoboščin. Zato mora Komisija, če

54 – Glej Gaitanides, C., *op. cit.* (opomba 53), točka 12, v skladu s katero v postopku na podlagi člena 226 ES ne gre niti za odgovornost držav članic v smislu splošnega mednarodnega prava niti za obsodbo, temveč za objektivno ugotovitev stanja. Postopek naj bi imel zgolj funkcijo vzdrževanja reda in njegov edini cilj naj bi bil prisiliti države članice k odpravi sedanjih kršitev Pogodbe. Graja države, ki krši Pogodbo, bi lahko kvečjemu bila stranski učinek, nikoli pa cilj postopka.

55 – Tako zahteva po preglednosti v skladu z ustaljeno sodno prakso sicer zapoveduje, da je v korist potencialnih ponudnikov treba zagotoviti ustrezno stopnjo obveščenosti javnosti, vendar iz nje ne izhaja nujno obveznost razpisa; glej sodbo z dne 13. novembra 2008 v zadevi Coditel Brabant (C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 25) in sodbo Coname (navedena v opombi 42, točka 21). V zvezi s tem Egger, A., *op. cit.* (opomba 36), točka 147 in naslednje, opozarja, da določbe primarnega prava državam članicam puščajo širšo diskrecijo kot direktivi o javnih naročilih. Pri tem pravilno poudarja, da ne gre samo za drugačen obseg preverjanja, temveč da so določbe primarnega prava splošnejše in tako na splošno manj stroge in podrobne. Glej I. J. van den Berge, „De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies", *NTER* 2005, str. 241 in 243, po mnenju katere členi 28 ES, 43 ES in 49 ES skoraj ne omogočajo splošnoveljavnih trditev o upoštevnih zahtevah po preglednosti.

očita kršitev prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, dokazati čezmejni interes za obravnavano oddajo naročil.

117. V sodbi z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski[56] je Sodišče v zvezi z oddajo storitev iz Priloge I B k Direktivi 92/50 poudarilo, da se za take storitve sicer načeloma uporabljajo načela Pogodbe ES s področij svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, vendar mora Komisija vedno dokazati očiten čezmejni interes za zadevno naročilo. Če bi namreč zgolj navedla, da je bila pri njej vložena pritožba v zvezi z zadevnim naročilom, to ne bi zadostovalo kot dokaz, da je navedeno naročilo v očitnem čezmejnem interesu, in za ugotovitev neizpolnitve.[57]

118. To strogo preverjanje obstoja čezmejnega interesa za oddajo storitev druge stopnje je mogoče vsaj delno pojasniti s tem, da naročila za storitve iz Priloge I B k Direktivi 92/50 oziroma Priloge II B k Direktivi 2004/18 po mnenju zakonodajalca Skupnosti *a priori* niso v čezmejnem interesu. V Direktivi 92/50 in Direktivi 2004/18 je zato v zvezi s to kategorijo storitev določena le naknadna objava.[58]

119. Ker mora Komisija v okviru postopka zaradi neizpolnitve obveznosti Sodišču predložiti vse dokaze, ki jih to potrebuje za presojo primera, se strožjim zahtevam primarnega prava za dokaz čezmejnega interesa, ki veljajo za oddajo mešanih storitev, v katerih prevladujejo elementi storitev druge stopnje, ne more izogniti s tem, da namerno ne odgovori na vprašanje opredelitve obravnavanih mešanih storitev glede na zakonodajo o oddaji javnih naročil. Zato mora Komisija čezmejni interes za oddajo obravnavanih storitev tudi v primeru, kot je obravnavani, dokazati v skladu s strogimi pravili, ki jih je za storitve druge stopnje določilo Sodišče v sodbi z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski.

120. Komisija dokazuje obstoj čezmejnega interesa za oddajo naročila mesta Magdeburg zgolj z napotilom na splošno pritožbo v zvezi z oddajo storitev reševanja v Nemčiji in na

56 – Sodba Komisija proti Irski (navedena v opombi 38, točka 29 in naslednje).

57 – *Ibid.*, točka 34.

58 – *Ibid.*, točka 25. Glej tudi Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin 2007, točka 2116.

gospodarski pomen zadevnih storitev, pri čemer naj bi bilo treba zaradi velikega obsega naročila nujno domnevati dejaven interes tujih ponudnikov storitev. Te splošne navedbe Komisije, ki se nikakor ne nanašajo na oddajo naročila mesta Magdeburg in se poleg tega delno opirajo na domneve, ne izpolnjujejo visokih zahtev, ki morajo biti izpolnjene, da je dokazan čezmejni interes za oddajo storitev druge stopnje.

121. Ker Komisija ni dokazala čezmejnega interesa, je treba njeno trditev, da je mesto Magdeburg z oddajo naročila prav tako kršilo prepoved diskriminacije in zahtevo po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, zavrniti kot neutemeljeno.

iii) Predlog

122. Glede na zgoraj navedeno ugotavljam, da je Zvezna republika Nemčija z očitano oddajo naročila mesta Magdeburg kršila člen 16 Direktive 92/50 oziroma člen 35(4) Direktive 2004/18. Druge trditve Komisije v zvezi z oddajo naročila mesta Magdeburg je treba zavrniti kot nedopustne ali pa vsaj kot neutemeljene.

b) Primeri oddaje naročila mest Bonn (Severno Porenje-Vestfalija) in Witten (Severno Porenje-Vestfalija), regije Hannover (Spodnja Saška) in okrožja Hameln-Pyrmont (Spodnja Saška)

123. Komisija v zvezi z očitanimi primeri oddaje naročila mest Bonn in Witten ter regije Hannover in okrožja Hameln-Pyrmont navaja naslednje.

124. Mesto Bonn naj bi leta 2004 kot naročnik oddalo naročilo za storitve reševanja za obdobje od 1. januarja 2005 do 31. decembra 2008 brez vseevropskega razpisa. Predmet naročila naj bi bilo med drugim obratovanje štirih reševalnih postaj. Vrednost naročila naj bi bila ocenjena na najmanj 5,28 milijona EUR.

125. Mesto Witten naj bi kot naročnik vsaj od leta 2005 oddajalo naročila za storitve reševanja v vrednosti 945.753 EUR na leto brez vseevropskega razpisa. Predmet naročil naj bi bilo obratovanje reševalne postaje.

126. Regija Hannover naj bi leta 2004 kot naročnica izvedla razpis za opravljanje storitev reševanja na svojem območju, ki so se ga smeli udeležiti samo do zdaj pooblaščeni ponudniki – Arbeiter-Samariter-Bund (v nadaljevanju: ASB), Deutsches Rotes Kreuz (v nadaljevanju: DRK), Johanniter-Unfallhilfe (v nadaljevanju: JUH) in RKT GmbH. Oddaja naročila naj bi se nanašala na obdobje od 1. januarja 2005 do 31. decembra 2009, skupna vrednost naročila pa naj bi bila približno 65 milijonov EUR.

127. Okrožje Hameln-Pyrmont naj bi leta 1993 za opravljanje storitev reševanja na svojem območju pooblastilo okrožno organizacijo DRK. Pogodba s prvotno veljavnostjo desetih let naj ne bi bila odpovedana, temveč naj bi bila leta 2003 brez izvedbe razpisa podaljšana za nadaljnjih deset let. Dodatno naj bi bila leta 1999 v občini Emmerthal ustanovljena nova reševalna postaja, za obratovanje katere naj bi bil prav tako brez razpisa pooblaščen DRK. Skupna vrednost teh oddaj naj bi bila 7,2 milijona EUR na leto.

128. Zvezna republika Nemčija ne ugovarja tem predstavitvam dejstev.

129. Komisija v vseh teh primerih očita kršitev pravil o obveznem obveščanju o oddanih naročilih (člen 16 Direktive 92/50 oziroma člen 35(4) Direktive 2004/18). Te kršitve so nesporne.

130. Kršitve prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, ki jo Komisija prav tako očita v vseh teh primerih, pa ne štejem za dokazano. Ta tožbeni razlog je neuspešen zaradi pomislekov, ki izhajajo iz pravne teorije in dokaznega prava in ki sem jih navedla že pri analizi oddaje naročila mesta Magdeburg.[59]

c) Oddaja naročila okrožja Uelzen (Spodnja Saška)

131. Komisija je v zvezi z oddajo naročila okrožja Uelzen navedla, da je DRK na

59 – Glej točko 91 in naslednje teh sklepnih predlogov.

podlagi pogodbe z dne 10. julija 1984 opravljal storitve reševanja na območju okrožja Uelzen razen območja Bevensen-Bienenbüttel. Leta 2004 naj bi se ta pogodba bistveno spremenila, kar bi bilo treba obravnavati kot novo oddajo. Pri tej novi oddaji naj se ne bi upošteval člen 16 Direktive 92/50. Poleg tega naj bi bili pri tej novi oddaji kršeni prepoved diskriminacije in zahteva po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

132. Zvezna republika Nemčija navaja, da je bila pogodba leta 2004 spremenjena zato, ker je okrožje Uelzen leta 1984 poverilo Samtgemeinde Bevensen opravljanje storitev reševanja na območju Bevensen-Bienenbüttel. Leta 2002 naj bi DRK s prevzemom podjetja prevzel celotno reševalno službo Samtgemeinde Bevensen. To naj bi pojasnilo spremembe pogodbe, o katerih sta se leta 2004 dogovorila okrožje Uelzen in DRK, ki naj ne bi bile tako bistvene, da bi pomenile nov postopek javnega naročanja, pomemben z vidika zakonodaje o oddaji javnih naročil. Ker naj bi se očitana oddaja naročila skladno z navedenim zgodila leta 1984, torej pred iztekom roka za prenos Direktive 92/50, naj ne bi bilo več mogoče očitati neupoštevanja te direktive.

133. Sodišče je na vprašanje, v katerih okoliščinah lahko spremembe obstoječe pogodbe štejejo za samostojno oddajo naročila v smislu direktiv o javnih naročilih, odgovorilo v sodbi z dne 19. junija 2008 v zadevi Pressetext Nachrichtenagentur.[60] Pri tem je poudarilo zlasti, da spremembe določb javnega naročila med njegovo veljavnostjo pomenijo novo oddajo naročila v smislu Direktive 92/50, če so bistveno drugačne od določb prvotnega naročila in zato izkazujejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih pogojev tega naročila.[61] Sprememba prvotnega naročila lahko med drugim šteje za bistveno, če močno razširi naročilo na storitve, ki v prvotnem naročilu niso bile predvidene.[62]

134. Iz dokumentov, ki jih je predložila nemška vlada, in iz njenih pojasnil izhaja, da je bilo javno naročilo leta 2004 razširjeno na opravljanje javnih storitev reševanja na območju reševalne postaje Bevensen, ki obsega približno četrtino skupne površine okrožja. Zvezna republika Nemčija dalje priznava, da je vrednost naročila za celotno okrožje Uelzen približno 4.450.000 EUR na leto in da je vrednost storitev reševanja, ki jih je treba opraviti na

60 – Sodba z dne 19. junija 2008 v zadevi Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, ZOdl., str. I-4401, točka 28 in naslednje).

61 – *Ibid.*, točka 34.

62 – *Ibid.*, točka 36.

intervencijskem območju reševalne postaje Bevensen, najmanj 670.000 EUR na leto.[63]

135. Zaradi sprememb pogodbe, o katerih sta se leta 2004 dogovorila okrožje Uelzen in DRK, je bilo torej naročilo za opravljanje storitev reševanja razširjeno na dodatno območje v okrožju, s čimer se je skupna površina intervencijskega območja povečala za približno 25 % in skupna vrednost naročila za najmanj 15 %. Zato je treba spremembe naročila, o katerih sta se leta 2004 dogovorila okrožje Uelzen in DRK, opredeliti kot bistvene, in je torej treba ta postopek šteti za novo oddajo javnih naročil za reševanje v celotnem okrožju, za katero je veljala Direktiva 92/50. Nedokumentirane navedbe Zvezne republike Nemčije o prevzemu obratovanja reševalne postaje drugega ponudnika storitev ne spremenijo te presoje.

136. V zvezi s tem ni sporno, da pri novi oddaji leta 2004 člen 16 Direktive 92/50 ni bil upoštevan. Torej je v obravnavanem primeru dokazano, da Zvezna republika Nemčija ni izpolnila obveznosti iz te določbe.

137. Kršitve prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, ki jo Komisija prav tako očita, pa ne štejem za dokazano. Ta tožbeni razlog je neuspešen zaradi pomislekov, ki izhajajo iz pravne teorije in dokaznega prava in ki sem jih navedla že pri analizi oddaje naročila mesta Magdeburg.[64]

d) Primeri oddaje naročila interesnih združenj reševalcev Westsachsen (Saška), Chemnitz/Stollberg (Saška) in Vogtland (Saška)

138. Komisija v zvezi s primeri oddaje naročila, ki jih očita interesnim združenjem reševalcev Westsachsen, Chemnitz/Stollberg in Vogtland, navaja naslednje.

139. Interesno združenje reševalcev Westsachsen naj bi kot naročnik z ASB, DRK, JUH in Berufsfeuerwehr Zwickau sklenilo posamezne pogodbe za opravljanje storitev reševanja z veljavnostjo štirih let in vrednostjo naročila

63 – Odgovor Zvezne republike Nemčije na tožbo z dne 4. septembra 2008, točka 22.

64 – Glej točko 91 in naslednje teh sklepnih predlogov.

skupno 7,9 milijona EUR na leto. Te pogodbe naj bi bile leta 2003 brez razpisa podaljšane za štiri leta. Ob izteku naj bi bile podaljšane do 31. decembra 2008.

140. Interesno združenje reševalcev Chemnitz/Stollberg naj bi kot naročnik z ASB, DRK, JUH in Berufsfeuerwehr Chemnitz sklenilo posamezne pogodbe za opravljanje storitev reševanja z veljavnostjo štirih let in vrednostjo naročila skupno 3,3 milijona EUR na leto. Te pogodbe naj bi bile leta 2002 brez razpisa podaljšane za štiri leta. Ob izteku naj bi bile podaljšane do 31. decembra 2008.

141. Interesno združenje reševalcev Vogtland naj bi leta 2002 oziroma 2004 kot naročnik z ASB, DRK, JUH, zasebno družbo za storitve reševanja Plauen in Berufsfeuerwehr Plauen brez razpisa sklenilo posamezne pogodbe za opravljanje storitev reševanja z veljavnostjo štirih let in vrednostjo naročila skupno 3,9 milijona EUR na leto. Te pogodbe naj bi veljale štiri leta in naj bi bile ob izteku brez razpisa podaljšane do 31. decembra 2008.

142. Komisija v vseh teh primerih očita kršitev pravil o obveznem obveščanju o oddanih naročilih (člen 16 Direktive 92/50 oziroma člen 35(4) Direktive 2004/18). Te kršitve so nesporne.

143. Tej ugotovitvi Zvezna republika Nemčija ne more ugovarjati z navedbo, da je pred oddajo naročila na področju storitev reševanja od začetka veljavnosti saškega zakona o požarni varnosti, reševalni službi in civilni zaščiti od 1. januarja 2005 treba izvesti izbirni postopek. Zvezna republika Nemčija zlasti ni ugovarjala ugotovitvi Komisije, da je bila oddaja naročila v vseh očitanih primerih podaljšana do 31. decembra 2008 na podlagi stare ureditve.

144. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba obstoj neizpolnitve obveznosti presojati glede na položaj države članice, kakršen je bil ob izteku roka, določenega v obrazloženem mnenju.[65] V obravnavanem postopku je torej odločilen položaj na dan 16. februarja 2007.

65 – Sodbe z dne 6. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Španiji (C-562/07, ZOdl., str. I-9553, točka 23), z dne 19. maja 2009 v zadevi Komisija proti Italiji (C-531/06, ZOdl., str. I-4103, točka 98) in z dne 19. junija 2008 v zadevi Komisija proti Luksemburgu (C-319/06, ZOdl., str. I-4323, točka 72).

Na ta dan je bila očitana neizpolnitev obveznosti iz direktiv o javnih naročilih nesporna.

145. Kršitve prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, ki jo Komisija prav tako očita v vseh teh primerih, pa ne štejem za dokazano. Ta tožbeni razlog je neuspešen zaradi pomislekov, ki izhajajo iz pravne teorije in dokaznega prava in ki sem jih navedla že pri analizi oddaje naročila mesta Magdeburg.[66]

e) Predlog

146. Glede na zgoraj navedeno ugotavljam, da je Zvezna republika Nemčija v očitanih primerih oddaje naročila mest Magdeburg, Bonn in Witten, regije Hannover, okrožij Uelzen in Hameln-Pyrmont ter interesnih združenj reševalcev Westsachsen, Chemnitz/Stollberg in Vogtland kršila člen 16 Direktive 92/50 oziroma člen 35(4) Direktive 2004/18. Nadaljnje kršitve prepovedi diskriminacije in zahteve po preglednosti, ki izhajata iz svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, pa Komisija ni dokazala.

4. Nezakonita praksa oddajanja naročil v Zvezni republiki Nemčiji

147. Komisija v obravnavanem postopku trdi, da postopki oddaje javnih naročil, ki jih očita Zvezni republiki Nemčiji, kažejo na obstoj utečene in splošne prakse oddajanja naročil v tej državi. V tem smislu si prizadeva, da bi Sodišče ugotovilo, da je Zvezna republika Nemčija zaradi nezakonite prakse oddajanja naročil kršila pravo Skupnosti.

148. Če je obstoj prakse, ki je v nasprotju z zakonodajo o oddaji javnih naročil, v posamezni državi članici dokazan, je tej praksi mogoče ugovarjati v postopku na podlagi člena 226 ES.[67] V ta namen mora Komisija v prvi fazi podrobno navesti ponovljene kršitve, ki kažejo na obstoj določene prakse.

66 – Glej točko 91 in naslednje teh sklepnih predlogov.

67 – V zvezi s tem je treba samo napotiti na ustaljeno sodno prakso, na podlagi katere kršitev obveznosti po pravu Skupnosti lahko izhaja tudi iz upravne prakse, celo če je uporabna nacionalna določba združljiva s pravom Skupnosti. Glej sodbo z dne 10. septembra 2009 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-416/07, ZOdl., str. I-7883, točka 24 in navedena sodna praksa).

Nato mora zadevna država članica konkretno nasprotovati očitanim kršitvam. V drugi fazi je nato treba preveriti, ali je ugotovljene kršitve mogoče opredeliti kot zadostno dokumentiran in podroben dokaz obstoja očitane prakse.[68]

149. Komisija je v obravnavanem primeru dokazala, da mesta Magdeburg (Saška-Anhalt), Bonn (Severno Porenje-Vestfalija) in Witten (Severno Porenje-Vestfalija), regija Hannover (Spodnja Saška), okrožji Uelzen (Spodnja Saška) in Pyrmont-Hameln (Spodnja Saška) ter interesna združenja reševalcev Westsachsen (Saška), Chemnitz/Stollberg (Saška) in Vogtland (Saška) pri postopkih oddaje naročil za storitve reševanja niso upoštevali pravil o obveznem obveščanju v skladu s členom 16 Direktive 92/50 oziroma členom 35(4) Direktive 2004/18.

150. Komisija je poleg tega navedla, da je med raziskovanjem ugotovila, da sta bili v obdobju med letoma 2001 in 2006 za celotno Zvezno republiko Nemčijo objavljeni samo dve oddani naročili. Zvezna republika Nemčija ni ugovarjala tej ugotovitvi dejstev.

151. Na podlagi prej navedenega je torej treba ugotoviti, da imajo zvezne dežele Saška-Anhalt, Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška in Saška utečeno in splošno prakso oddajanja naročil za storitve reševanja, pri kateri ne upoštevajo pravil o obveznem obveščanju v skladu s členom 16 Direktive 92/50 oziroma členom 35(4) Direktive 2004/18.

152. Ugotovitvi take prakse v teh zveznih deželah, ki je v nasprotju z zakonodajo o oddaji javnih naročil, tudi ne nasprotuje utemeljitev, ki jo je navedla Zvezna republika Nemčija, da morajo zvezne dežele na podlagi dveh sklepov Bundesgerichtshof z dne 1. decembra 2008[69] preučiti svoje dosedanje postopke za oddajo naročil za storitve reševalne službe in jih na novo oblikovati ob upoštevanju zakonodaje o oddaji javnih naročil.

153. Kot sem že poudarila, je treba v skladu z ustaljeno sodno prakso obstoj neizpolnitve obveznosti presojati glede na položaj države članice, kakršen je bil ob izteku roka, določenega v obrazloženem mnenju.[70] V obravnavanem postopku je torej odločilen položaj na dan 16. februarja 2007. Na ta dan so bile

68 – Glej sodbo z dne 19. marca 2009 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-489/06, ZOdl., str. I-1797, točka 40 in naslednje).

69 – Sklep Bundesgerichtshof z dne 1. decembra 2008, X ZB 31/08. V zvezi s tem glej točko 28 teh sklepnih predlogov.

70 – Glej točko 144 teh sklepnih predlogov.

očitane neizpolnitve obveznosti iz direktiv o javnih naročilih nesporne.

154. Iz enakega razloga navedbe Zvezne republike Nemčije o spremembi pravnega položaja v zvezni deželi Saški, na podlagi katere je bil submisijski model 1. januarja 2009 opuščen, v obravnavanem postopku niso več pomembne.

155. Sporno pa je, ali je Komisija Zvezni republiki Nemčiji očitala samo prakso oddajanja naročil v zveznih deželah Saška-Anhalt, Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška in Saška, ali pa je prakso oddajanja naročil v teh štirih zveznih deželah navedla kot primer za utečeno in splošno prakso oddajanja naročil v vseh zveznih deželah.

156. Trditev Komisije v zvezi s tem je protislovna, ker je v tožbi izrecno navedla, da je bila obravnavana tožba omejena na prakso oddajanja naročil v deželah Saška-Anhalt, Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška in Saška, čeprav je bilo prakso oddajanja naročil, ki je predmet spora, mogoče najti tudi v drugih nemških zveznih deželah.[71] V repliki pa Komisija predlaga, naj se ugotovi, da se ta praksa oddajanja naročil, ki je v nasprotju z zakonodajo o oddaji javnih naročil, izvaja na celotnem območju Zvezne republike Nemčije.[72]

157. V zvezi s tem je treba spomniti, da novi tožbeni predlogi, vloženi med postopkom, načelno niso dopustni.[73] V tem smislu je v obravnavanem postopku treba izhajati iz prostorsko omejenega tožbenega predloga iz tožbe, s katerim je Komisija ugovarjala samo obravnavani praksi oddajanja naročil v zveznih deželah Saška-Anhalt, Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška in Saška.

158. Glede na zgoraj navedeno tako na koncu ugotavljam, da je Zvezna republika Nemčija pri oddaji odplačnih naročil za opravljanje storitev reševanja v zveznih deželah Saška-Anhalt, Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška in Saška do 31. januarja 2006

71 – Glej točko 10 tožbe Komisije z dne 15. aprila 2008. V točki 5 te tožbe je Komisija že navedla, da je njena tožba omejena na prakso oddajanja naročil za storitve reševanja po submisijskem modelu, ki se je uporabljal v večini nemških zveznih dežel.

72 – Glej točko 17 in naslednje replike Komisije z dne 21. novembra 2008.

73 – Glej člen 42(2) Poslovnika Sodišča.

kršila člen 10 v povezavi s členom 16 Direktive 92/50 in od 1. februarja 2006 člen 22 v povezavi s členom 35(4) Direktive 2004/18.

VIII – Stroški

159. V skladu s členom 69(2) Poslovnika Sodišča se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Vendar pa lahko v skladu s členom 69(3), prvi pododstavek, Poslovnika Sodišče odloči, da se stroški delijo ali da vsaka stranka nosi svoje stroške, če vsaka stranka uspe samo deloma ali če so okoliščine izjemne.

160. V obravnavani zadevi je Komisija s tožbo uspela le deloma, zato Sodišču predlagam, naj odloči, da Komisija in Zvezna republika Nemčija nosita vsaka svoje stroške.

IX – Predlog

161. Glede na zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj:

1. ugotovi, da je Zvezna republika Nemčija pri oddaji odplačnih naročil za opravljanje storitev reševanja v zveznih deželah Saška-Anhalt, Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška in Saška do 31. januarja 2006 kršila člen 10 v povezavi s členom 16 Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev in od 1. februarja 2006 člen 22 v povezavi s členom 35(4) Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/18/ES z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev;

2. se tožba v preostalem zavrne;

3. Evropska komisija in Zvezna republika Nemčija nosita vsaka svoje stroške.