ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-ЖА V. TRSTENJAK представено на 11 февруари 2010 година[1]

Съдържание

I — Въведение ..... I - 3719

II — Правна уредба ..... I - 3719

А — Директива 92/50 ..... I - 3719

Б — Директива 2004/18 ..... I - 3720

III — Обстоятелства по спора ..... I - 3721

IV — Досъдебно производство ..... I - 3722

V — Производство пред Съда и искания на страните ..... I - 3722

VI — Основни доводи на страните ..... I - 3723

VII — От правна страна ..... I - 3725

А — Допустимост ..... I - 3725

1. Услугите за спешна помощ като смесени услуги в системата на директивите в областта на възлагане на обществени поръчки ..... I - 3726

2. Преформулиране на исканията в исковата молба ..... I - 3727

3. Извод ..... I - 3730

Б — Основателност ..... I - 3730

4. Неприложимост на изключението съгласно член 45, параграф 1 ЕО ..... I - 3730

5. Липса на обосновка съгласно член 86, параграф 2 ЕО ..... I - 3736

1 — Език на оригиналния текст: немски.

6. Анализ на деветте спорни процедури за възлагане на обществени поръчки ..... I - 3739

а) Възлагане на обществена поръчка от град Магдебург (Саксония-Анхалт) ..... I - 3739

i) Нарушение на член 16 от Директива 92/50, съответно на член 35, параграф 4 от Директива 2004/18 ..... I - 3739

ii) Липса на нарушение на утвърдените в първичното право забрана за дискриминация и задължение за прозрачност ... I - 3740

— Проверка за основателност в хипотезата, че посоченото в иска правно основание, изведено от нарушение на първичното право, е частично недопустимо ..... I - 3740

— При условията на евентуалност: проверка на основателността, ако правното основание, изведено от нарушение на първичното право, бъде прието за изцяло допустимо ..... I - 3741

Принцип на предимство на прилагането на вторичното право ..... I - 3742

Доказване на трансграничен интерес при възлагането на второстепенни услуги ..... I - 3747

iii) Извод ..... I - 3749

б) Процедурите за възлагане на обществени поръчки от град Бон (Северен Рейн-Вестфалия) и град Витен (Северен Рейн-Вестфалия), регион Хановер (Долна Саксония) и окръг Хамелн-Пирмонт (Долна Саксония) ..... I - 3749

в) Възлагане на обществена поръчка от окръг Юлцен (Долна Саксония) ..... I - 3750

г) Процедурите за възлагане на обществени поръчки от сдруженията на Западна Саксония (Саксония), Кемниц/Щолберг (Саксония) и Фогтланд (Саксония) за спешна помощ ..... I - 3752

д) Извод ..... I - 3754

7. Неправомерна практика във Федерална република Германия за възлагане на обществените поръчки ..... I - 3754

VIII — По съдебните разноски ..... I - 3757

IX — Заключение ..... I - 3757

I — Въведение

1. В основата на настоящото дело е иск на Комисията за установяване на неизпълнение на задължения съгласно член 226 ЕО, с който тя иска Съдът да установи, че като не е направила публична покана за представяне на оферти, респ. не е възложила по прозрачен начин обществени поръчки в областта на обществените услуги за спешна помощ в провинции Саксония-Анхалт, Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония и Саксония, и не е публикувала обявления за възложените обществени поръчки, Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги[2] и по Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги[3], и е нарушила принципите на свобода на установяване и на свободно предоставяне на услуги (членове 43 ЕО и 49 ЕО).

2 — ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50.

3 — ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116; поправка в ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 282.

II — Правна уредба

А — *Директива 92/50*

2. Член 3, параграф 2 от Директива 92/50 уточнява, че възлагащите органи следят да няма дискриминация между различните доставчици на услуги.

3. Член 10 от Директива 92/50 предвижда:

„Поръчки с обект услуги, включени едновременно в приложение I А и приложение I Б, се възлагат в съответствие с разпоредбите на дялове III—VI, когато стойността на услугите, включени в приложение I А, е по-голяма от стойността на услугите, включени в приложение I Б. В останалите случаи поръчките се възлагат в съответствие с членове 14 и 16“. [неофициален превод]

4. Член 16 от Директива 92/50 гласи:

„1. Възлагащите органи, които са възложили обществена поръчка или са организирали конкурс, изпращат обявление за

резултатите от процедурата на възлагане на Службата за официални публикации на Европейските общности.

2. Обявления се публикуват:

[…] “ [неофициален превод]

Б — *Директива 2004/18*

5. Съгласно член 2 от Директива 2004/18 възлагащите органи третират икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин.

6. Член 22 от Директива 2004/18 предвижда:

„Поръчки с обект услуги, включени едновременно в приложение II А и приложение II Б, се възлагат в съответствие с членове от 23 до 55, когато стойността на услугите, включени в приложение II А, е по-голяма от стойността на услугите, включени в приложение II Б. В останалите случаи поръчките се възлагат в съответствие с член 23 и член 35, параграф 4.“

7. Член 35, параграф 4 от Директива 2004/18 гласи:

„Възлагащите органи, които са възложили обществена поръчка или са сключили рамково споразумение, изпращат обявление за резултатите от процедурата на възлагане не по-късно от 48 дни след възлагането на поръчката или сключването на рамковото споразумение.

[…]

При обществени поръчки за услуги, включени в приложение II Б, възлагащите органи посочват в обявлението дали са съгласни с неговото публикуване. За такива обществени поръчки за услуги Комисията изработва правила за изготвяне на статистически отчети на базата на подобни обявления и за публикуването на такива отчети в съответствие с процедурата, посочена в член 77, параграф 2.

[…]“

за санитарен транспорт на болни, ранени или други нуждаещи се от помощ лица, които нямат нужда от спешно лечение.

III — Обстоятелства по спора

8. Във Федерална република Германия правото, което урежда услугите за спешна помощ, се включва в законодателните правомощия на провинциите, които се възползват по различен начин от предоставените им законодателни възможности.

9. В повечето германски провинции услугите за спешна помощ се предоставят по двойна система, която прави разграничение между обществените услуги за спешна помощ и предоставянето на услуги за спешна помощ въз основа на разрешения съгласно законите на провинциите относно услугите за спешна помощ.

10. Обществените услуги за спешна помощ обичайно включват както услуги за спешен медицински транспорт, така и услуги за квалифициран санитарен транспорт. Спешният медицински транспорт обхваща транспортирането с линейка или с превозно средство на спасителните служби на ранени или болни лица с опасност за живота под компетентно наблюдение. Квалифицираният санитарен транспорт се състои в транспортирането под компетентно наблюдение с автомобил

11. Няколко провинции са решили да предоставят избора на доставчици на услуги в областта на обществените услуги за спешна помощ на отделните градове, окръзи, сдружения за спешна помощ и др. За целта посочените местни органи по правило сключват с отделни доставчици на услуги договори за предоставяне на услуги за спешна помощ на населението на цялата съответна територия. Когато услугите се заплащат пряко от местния орган, съответният договорен модел се определя като „модел на пряко възнаграждение“. Ако изпълнителят обаче получава заплащането си чрез събиране на такси пряко от пациентите или здравните каси, става въпрос за така наречения „концесионен модел“.

12. С иска си Комисията възразява срещу възлагането на обществени поръчки за услуги в областта на обществените услуги за спешна помощ в провинции Долна Саксония, Северен Рейн-Вестфалия, Саксония и Саксония-Анхалт, където без изключение се прилага моделът на пряко възнаграждение. Комисията по-специално посочва, че в тези провинции за попадащите в приложното поле на директивите за възлагане на обществени поръчки услуги в областта на обществените услуги за спешна помощ по правило не са правени покани за представяне на оферти, както и че възлагането не е извършено по прозрачен начин.

IV — Досъдебно производство

13. След като в Комисията постъпват няколко жалби, с писмо от 10 април 2006 г. тя уведомява Федерална република Германия, че при възлагането на обществени поръчки с определен паричен интерес за услуги за спешна помощ в провинциите Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония, Саксония и Саксония-Анхалт е възможно Федерална република Германия да е нарушила разпоредбите на директивите за възлагане на обществени поръчки и тези на първичното право. Същевременно Комисията уведомява Федерална република Германия, че при предоставянето на концесии за извършване на обществени услуги за спешна помощ тя вероятно е нарушила принципите на свобода на установяване и на свободно предоставяне на услуги. Затова от правителството на Федерална република Германия е поискано да вземе отношение по становището на Комисията в предвидения съгласно член 226 ЕО двумесечен срок.

14. В становището си от 10 юли 2006 г. Федерална република Германия оспорва твърденията за нарушения на общностното право. Освен това през 2005 г. в Саксония била извършена законова промяна, така че най-късно от 1 януари 2009 г. и в тази федерална провинция обществените услуги за спешна помощ щели да се възлагат чрез процедури за подбор, като се отчитат принципите на свободна от дискриминация конкуренция.

15. С писмо от 15 декември 2006 г. Комисията изпраща на Федерална република Германия мотивирано становище. В него тя окончателно прави извод, че Германия не е изпълнила и продължава да не изпълнява задълженията си по Директиви 92/50 и 2004/18, като освен това е нарушила принципите на свобода на установяване и на свободно предоставяне на услуги. Затова Комисията приканва Федерална република Германия да предприеме необходимите мерки и в срок от два месеца след получаване на мотивираното становище да се съобрази с него.

16. В становището си от 22 февруари 2007 г. Федерална република Германия отново отхвърля правното становище на Комисията. В нито един от посочените от Комисията случаи не било налице нарушение на общностното право.

V — Производство пред Съда и искания на страните

17. Федерална република Германия не се е съобразила с мотивираното становище, поради което на 15 април 2008 г. Комисията предявява иск на основание член 226 ЕО.

18. Комисията иска от Съда:

— да установи, че като не е публикувала обявления за възложените обществени поръчки и не е направила публична покана за представяне на оферти, респ. не е възложила по прозрачен начин обществени поръчки в областта на обществените услуги за спешна помощ, Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по Директиви 92/50/ЕИО и 2004/18/ЕО и е нарушила принципите на свобода на установяване и на свободно предоставяне на услуги (членове 43 ЕО и 49 ЕО),

— да осъди Федерална република Германия да заплати съдебните разноски.

19. Федерална република Германия иска от Съда да отхвърли иска и да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

20. С Определение на председателя на Съда от 16 декември 2008 г. на Кралство Нидерландия се разрешава да встъпи по настоящото дело в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. Кралство Нидерландия подкрепя исканията на Федерална република Германия за отхвърляне на иска на Комисията.

VI — Основни доводи на страните

21. Комисията счита, че при възлагането на обществени поръчки за услуги в областта на услугите за спешен медицински транспорт и за квалифициран санитарен транспорт в различни провинции на Германия се е наложила практиката да се възлагат обществени поръчки на местни оференти в нарушение на разпоредбите в областта на възлагането на обществени поръчки без покана на европейско равнище, съответно без осигуряване на необходимата прозрачност.

22. Като посочва девет конкретни примера за възлагане на обществени поръчки в провинциите Долна Саксония, Северен Рейн-Вестфалия, Саксония и Саксония-Анхалт, Комисията на първо място изтъква, че компетентните за провеждане на съответните процедури за възлагане на обществени поръчки градове, окръзи и сдружения за спешна помощ следвало да бъдат квалифицирани като възлагащи органи по смисъла на директивите за възлагане на обществени поръчки. Освен това възложените поръчки в областта на обществените услуги за спешна помощ следвало да се квалифицират като обществени поръчки с определен паричен интерес, като стойността им в посочените случаи значително надвишавала

релевантните финансови прагове за включване в приложното поле на Директива 92/50 или 2004/18.

23. Ако били възложени преди 31 януари 2006 г., посочените обществени поръчки попадали в приложното поле на Директива 92/50. Те обаче се отнасяли до смесени услуги и затова следвало да бъдат възлагани съгласно разпоредбите на дялове III—VI, съответно на членове 14 и 16 от Директива 92/50, според това коя стойност била по-висока — тази на транспортните или тази на медицинските услуги. Директива 2004/18 съдържала съответна разпоредба за обществените поръчки, възложени след изтичането на срока за транспонирането ѝ.

24. С оглед на обстоятелството, че всички посочени примери се отнасяли до обществени поръчки от трансграничен интерес, Федерална република Германия била нарушила и забраната за дискриминация и задължението за прозрачност, които били част от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

25. Според Комисията посочените нарушения не са единични случаи, а свидетелстват за наличие на обща практика за възлагане на обществени поръчки в нарушение на общностното право. В подкрепа на оценката си тя изтъква изключително малкия брой покани на европейско равнище за представяне на оферти във връзка със спешна помощ, съответно на публикувана информация за възложени обществени поръчки.

26. Германското правителство счита за недопустимо намерението на Комисията да постигне цялостно осъждане на практиката за възлагане на обществени поръчки във Федерална република Германия чрез изложение на фактите по отделни процедури за възлагане на обществени поръчки в четири от общо шестнадесет провинции. Освен това някои от изнесените от Комисията факти не отговаряли на истината.

27. Наред с това германското правителство се позовава и на предвиденото съгласно член 45, параграф 1 ЕО във връзка с член 55 ЕО изключение, според което разпоредбите на главите от Договора за ЕО относно свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги не се прилагат, доколкото засягат някоя държава членка по отношение на дейности, които в тази държава са свързани, макар и епизодично, с упражняването на публична власт, какъвто е случаят с въпросните услуги за спешна помощ. Тъй като правната основа на директивите за възлагане на обществени поръчки се намирала в посочените две глави от Договора за ЕО, те не следвало да се прилагат и в рамките на настоящия спор.

28. При условията на евентуалност германското правителство изтъква, че въпросните услуги за спешна помощ отговаряли на условията за преференциално третиране съгласно член 86, параграф 2 ЕО. Тъй като член 86, параграф 2 ЕО предвиждал изключение не само от правилата на конкуренцията, но и от всички останали разпоредби на Договора за ЕО, то искът на Комисията бил неоснователен и от тази гледна точка. Накрая германското правителство се позовава на две определения на Bundesgerichtshof от 1 декември 2008 г., според които правото в областта на възлагането на обществени поръчки следвало занапред да се прилага и при възлагането на обществени поръчки за услуги за спешна помощ.

29. Според нидерландското правителство Федерална република Германия не е нарушила нито директивите в областта на правото за възлагане на обществени поръчки, нито членове 43 ЕО и 49 ЕО. Въпросните обществени услуги за спешна помощ следвало да се квалифицират като услуги от общ икономически интерес по смисъла на член 86, параграф 2 ЕО. В това отношение следвало да се има предвид, че предвиденото в член 86, параграф 2 ЕО изключение важало и спрямо основните свободи. Накрая нидерландското правителство изтъква възможността да се приложи предвиденото с членове 45 ЕО и 55 ЕО изключение. В това отношение то клони към становището, че условията за прилагане на посочените изключения вероятно са изпълнени при въпросните услуги за спешна помощ.

VII — От правна страна

А — *Допустимост*

30. Специфична характеристика на производствата за установяване на неизпълнение на задължения по член 226 ЕО е, че с определянето на предмета на производството в досъдебното производство се очертава допустимият предмет на иска в последващото съдебно производство. Според постоянната съдебна практика мотивираното становище и искът за установяване на неизпълнение на задължения трябва да се основават на едни и същи мотиви и правни основания, поради което Съдът не може да разглежда твърдение за нарушение, което не е било формулирано в мотивираното становище[4].

31. Посоченото условие за допустимост, с което се забранява разширяването на правните основания в исковата молба спрямо изложеното в мотивираното становище, служи за защита на съответната държава членка, на която трябва да бъде дадена възможност да изпълни произтичащите от общностното право задължения и ефективно да се защити срещу твърденията за нарушение, изложени от Комисията. Същевременно това условие отразява общото основно процесуално правило, което следва да гарантира, че

4 — Вж. напр. Решение от 26 март 2009 г. по дело Комисия/Италия (C-326/07, все още непубликувано в Сборника, точка 29), Решение от 24 юни 2004 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-350/02, Recueil, стр. I-6213, точка 20), Решение от 11 май 1989 г. по дело Комисия/Германия (76/86, Recueil, стр. 1021, точка 8), Решение от 7 май 1987 г. по дело Комисия/Белгия (186/85, Recueil, стр. 2029, точка 13).

евентуалното съдебно производство ще има за предмет ясно определен спор[5].

32. Според мен в настоящото съдебно производство Комисията е формулирала своите искания по недопустим начин, излизайки извън представените в мотивираното становище твърдения за нарушение. Ще поясня и разграничa посоченото недопустимо разширяване на иска, като най-напред разгледам мястото на въпросните услуги за спешна помощ в системата на директивите в областта на възлагане на обществени поръчки. След това ще опиша начина, по който Комисията преформулира представените в мотивираното си становище искания и по какъв начин това преформулиране променя и предмета на съдебното производство.

33. В случая е ирелевантно обстоятелството, че Федерална република Германия не е направила изрично възражение срещу недопустимото разширяване на иска. Забраната за разширяване на предмета на спора е съзнателно предвидена в Договора за ЕО важна гаранция, чието спазване е основно изискване за надлежното провеждане на съдебното производство за установяване на неизпълнение на задължения от държава членка[6], затова Съдът може да го установи и служебно, без Федерална република Германия да направи възражение[7].

1. Услугите за спешна помощ като смесени услуги в системата на директивите в областта на възлагане на обществени поръчки

34. Както Директива 92/50, така и Директива 2004/18 прави разлика между т.нар. „първостепенни“ и „второстепенни“ услуги. Първите са изброени в приложение I A от Директива 92/50, както и в еднаквото по съдържание приложение II A към Директива 2004/18, и наред с другото включват и услуги в областта на сухопътния транспорт. Вторите са изброени в приложение I Б от Директива 92/50, както и в еднаквото по съдържание приложение II Б от Директива 2004/18, и наред с другото включват и услуги в областта на здравеопазването. Най-важната разлика от гледна точка на правото в областта на възлагане на обществени поръчки между първостепенните услуги, посочени в приложение I A, съответно приложение II A, и изброените в приложение I Б, съответно приложение II Б, е, че съответната директива в областта на възлагане на обществени поръчки се прилага в пълния си обхват само спрямо първостепенните услуги[8]. За

5 — Вж. Решение от 22 март 2007 г. по дело Комисия/Белгия (C-437/04, Сборник, стр. I-2513, точка 39 и сл.) и Решение по дело Комисия/Нидерландия (посочено в бележка под линия 4, точка 18 и сл.).

6 — Вж. напр. Решение от 27 април 2006 г. по дело Комисия/Германия (C-441/02, Recueil, стр. I-3449, точка 59).

7 — Argumentum a fortiori от член 92, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда. Вж. също *Karpenstein/Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf. Das Recht der Europäischen Union, Art. 226 EGV, Randnr. 82 (39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2009).

8 — Член 8 от Директива 92/50, както и член 20 от Директива 2004/18.

разлика от това относно второстепенните услуги се предвижда единствено че важат правилата за техническите спецификации и че възлагащите органи следва да уведомяват Комисията за възложените обществени поръчки[9].

35. В рамките на настоящото съдебно производство е безспорно, че въпросните услуги за спешна помощ следва да бъдат определени като смесени услуги, които включват елементи както на първостепенни, така и на второстепенни услуги. Посоченото определяне следва пряко от Решение по дело Tögel[10], в което спешният транспорт и санитарният транспорт, когато придружаващо лице е санитар, са определени като смесени услуги по смисъла на член 10 от Директива 92/50[11]. Тук транспортът на хора следва да се определи като първостепенна, а медицинското обслужване по време на превоза — като второстепенна услуга.

36. Съгласно член 10 от Директива 92/50 и член 22 от Директива 2004/18 съответната директива за възлагане на обществени поръчки се прилага в пълна степен спрямо смесените обществени поръчки за първостепенни и второстепенни услуги, когато стойността на първостепенните услуги е по-висока от тази на второстепенните. В противен случай смесените обществени поръчки следва да се разглеждат като поръчки за второстепенни услуги.

2. Преформулиране на исканията в исковата молба

37. В мотивираното си становище Комисията изрично взема предвид смесения характер на въпросните услуги за спешна помощ както в рамките на своята правна преценка, така и при формулирането на отделните твърдения за нарушения.

38. В мотивираното си становище Комисията по-специално изтъква, че при въпросните услуги за спешна помощ от по-важно значение били транспортните услуги по смисъла на приложение I A от Директива 92/50, съответно приложение II A от Директива 2004/18, така че при възлагането на посочените обществени поръчки Федерална република Германия била нарушила член 10 във връзка с дялове III—IV от Директива 92/50, а считано от 1 февруари 2006 г. — разпоредбите на член 22 във връзка с членове 23—55 от Директива 2004/18. Ако в някои от посочените случаи от по-важно значение се окажат медицинските услуги по смисъла на приложение I

9 — Член 9 от Директива 92/50, както и член 21 от Директива 2004/18.

10 — Решение от 24 септември 1998 г. по дело Tögel (C-76/97, Recueil, стр. I-5357, точка 40).

11 — Транспортът на хора се включва в понятието„сухопътен транспорт“ по смисъла на приложение I A, категория 2 от Директива 92/50, съотв. приложение II A, категория 2 от Директива 2004/18. Медицинското обслужване се включва в понятието „здравеопазване“ по смисъла на приложение I Б, категория 25 от Директива 92/50, съотв. приложение IIБ, категория 25 от Директива 2004/18.

Б от Директива 92/50, съответно приложение II Б от Директива 2004/18, при условията на евентуалност Комисията излага твърдение за нарушение на член 10 във връзка с член 16 от Директива 92/50, а считано от 1 февруари 2006 г. — разпоредбите на член 22 във връзка с член 35, параграф 4 от Директива 2004/18, и при всички случаи и на принципите на свобода на установяване и свободно предоставяне на услуги съобразно членове 43 ЕО и 49 ЕО и включената в рамките на посочените принципи забрана за дискриминация.

39. В иска си Комисията умишлено не дава отговор на въпроса дали при въпросните услуги за спешна помощ става дума най-вече за превоз на хора или по-скоро за медицинско обслужване. Тя посочва, че това вече било без значение, защото атакуваните процедури за възлагане на обществени поръчки при всички случаи представлявали нарушение на задължението за изпращане на обявление за възложените обществени поръчки съгласно член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18, както и на забраната за дискриминация, включена в рамките на свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги.

40. Това преформулиране на искането от страна на Комисията представлява недопустимо изменение на предмета на иска.

41. Докато в мотивираното си становище Комисията застъпва мнението, че възлагането на обществени поръчки в областта на услугите за спешна помощ представлявало нарушение на утвърдените в първичното право забрана за дискриминация и задължение за прозрачност само когато по-важно значение имал аспектът на медицинското обслужване, в иска си тя изразява различно мнение, а именно че забраната за дискриминация и задължението за прозрачност следвало при всички случаи да се вземат предвид при възлагането на въпросните обществени поръчки за услуги в областта на спешната помощ. Това обаче по необходимост предполага, че забраната за дискриминация и задължението за прозрачност биха могли да бъдат пряко нарушени и при възлагането на обществени поръчки за услуги за спешна помощ с преобладаващ транспортен характер, което в мотивираното становище не е заявено нито изрично, нито мълчаливо.

42. Следователно разширяването на предмета на производството се изразява в това, че вече се излага и твърдение за нарушение на забраната за дискриминация и задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, при възлагането на смесени поръчки за спешна помощ с преобладаващ транспортен характер. В този смисъл настоящият иск следва да бъде обявен за недопустим.

43. Срещу това не може да се възрази, че предвидените в директивите в областта на възлагането на обществени поръчки

задължения за отправяне на покана за представяне на оферти и за уведомяване в крайна сметка са израз в рамките на вторичното право на определените в първичното право забрана за дискриминация и задължение за прозрачност и че следователно съдържанието на мотивираното вече с оглед на първичното право искане на Комисията не излиза извън формулираните в мотивираното становище твърдения за нарушение. От решаващо значение всъщност е обстоятелството, че в иска си Комисията излага твърдение за нарушение на първичното право във връзка с първостепенни смесени услуги, въпреки че в мотивираното си становище е изтъкнала, че спрямо посочените услуги се прилагат в пълна степен директивите в областта на възлагането на обществени поръчки, т.е. твърди, че са нарушени единствено тези директиви. Ето защо в досъдебното производство Федерална република Германия не е имала възможност да разгледа въпроса дали възлагането на обществени поръчки за предоставяне на услуги за спешна помощ, които засягат най-вече превоза на хора и поради това изцяло попадат в приложното поле на директивите в областта на възлагането на обществени поръчки, изобщо би могло да се преценява пряко въз основа на първичното право, в което са уредени забраната за дискриминация и задължението за прозрачност[12].

44. Ако посоченото от мен изменение на предмета на иска се обяви за допустимо, това би довело до неприемливо нарушение на правото на защита на Федерална република Германия, защото по този начин ще ѝ бъде отнета възможността още в хода на досъдебното производство да разгледа принципния въпрос дали и доколко Комисията има право да обоснове пряко с разпоредбите на първичното право исканията си във връзка с възлагането на обществени поръчки за първостепенни смесени услуги.

45. На това място следва да се посочи също, че на някои места в иска си Комисията изглежда твърди, че е нарушен член 2 от Директива 2004/18, и се стреми да бъде постановено съответното решение срещу Федерална република Германия[13]. Ако исканията би трябвало да бъдат тълкувани в този смисъл, то и посоченото искане следва да се отхвърли като недопустимо, тъй като в мотивираното становище не е изрично изтъкнато нарушение на разпоредбите на член 2 от Директива 2004/18.

12 — Във връзка с това се поставя по-специално въпросът дали проверката на процедурата за възлагане на разглежданите поръчки въз основа на установените в първичното право забрана за дискриминация и задължение за прозрачност е съвместима с принципа на предимство на прилагането на вторичното право, както и със смисъла и целта на производството за установяване на неизпълнение на задължения съгласно член 226 ЕО. Вж. във връзка с това точка 95 и сл. от настоящото заключение.

13 — Под заглавие „Нарушението на член 16 от Директива 92/50/ЕИО и на член 35, параграф 4 от Директива 2004/18/ЕО“ в точка 39 от исковата си молба от 15 април 2008 г. Комисията посочва, че в рамките на настоящото производство разпоредбите на член 14 и член 16 от Директива 92/50, както и на член 23 и на член 35, параграф 4 от Директива 2004/18 са приложими във всички случаи към настоящото дело. Впоследствие в точка 40 тя твърди, че е нарушен член 16 от Директива 92/50, съотв. член 35, параграф 4 от Директива 2004/18. В точка 41 Комисията изтъква, че в рамките на настоящото производство разпоредбите на член 3, параграф 2 от Директива 92/50, както и на член 2 от Директива 2004/18 също следвало да се прилагат, без обаче изрично да твърди, че те са нарушени, или да посочва други доводи по тези два члена. В обобщението на исканията си в точка 72 Комисията все пак изтъква, че е налице нарушение на член 10 във връзка с член 16 от Директива 92/50, както и на членове 2 и 22 във връзка с член 35, параграф 4 от Директива 2004/18.

3. Извод

46. С оглед на тези съображения правя извод, че настоящият иск за установяване на нарушение на задължения следва да бъде отхвърлен като недопустим, доколкото в него се твърди, че и при възлагането на обществени поръчки за услуги за спешна помощ с преобладаващ транспортен характер е налице нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

47. Ако Съдът направи извод, че с иска си Комисията моли да се установи и нарушение на разпоредбите на член 2 от Директива 2004/18, посоченото искане също трябва да се отхвърли като недопустимо.

Б — *Основателност*

48. Федерална република Германия възразява срещу предявения от Комисията иск за установяване на неизпълнение на задължения чрез доводи в три насоки. На първо място германското правителство се позовава на изключението съгласно член 45 ЕО и при условията на евентуалност на обосновката съгласно член 86, параграф 2 ЕО. На второ място то оспорва някои от изложените от Комисията фактически твърдения. На трето място германското правителство възразява срещу искането на Комисията да се установи наличието на практика, противоречаща на правото в областта на възлагането на обществени поръчки.

49. С оглед на това по-нататък първо ще разгледам проблематиката на възлагането на обществени поръчки за услуги за спешна помощ в светлината на разпоредбите на член 45, параграф 1 ЕО във връзка с член 55 ЕО, а впоследствие — в светлината на член 86, параграф 2 ЕО. След това ще разгледам поотделно всяка от атакуваните от Комисията девет процедури за възлагане на обществени поръчки. Накрая ще анализирам въпроса дали резултатите от посоченото разглеждане дават основание да бъде установено наличието на практика, която противоречи на правото в областта на възлагането на обществени поръчки.

4. Неприложимост на изключението съгласно член 45, параграф 1 ЕО

50. Съгласно член 45, параграф 1 ЕО във връзка с член 55 ЕО разпоредбите на първичното право относно свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги не се прилагат, доколкото засягат някоя държава членка по отношение на

дейности, които в тази държава са свързани, макар и епизодично, с упражняването на публична власт. Следователно ако определена дейност в дадена държава членка е свързана с упражняването на публична власт, спрямо нея не се прилагат разпоредбите относно свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги.

51. Същото трябва да важи и за разпоредбите на вторичното законодателство, приети с цел прилагане на разпоредбите на главите относно свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги. Доколкото такива актове от вторичното законодателство регулират и дейност, свързана с упражняването на публична власт, чрез тълкуване на вторичното законодателство в съответствие с Договора трябва да се установи, че въпросното законодателство не се прилага спрямо посочените дейности в съответните държави членки[14].

52. Ако услугите за спешен медицински и за санитарен транспорт, до които се отнасят въпросните договори за възлагане на обществени поръчки, са свързани с упражняването на публична власт по смисъла на член 45, параграф 1 ЕО, твърдението на Комисията за нарушение на принципите на свобода на установяване и на свободно предоставяне на услуги би следвало да се отхвърли като необосновано. Тъй като освен това както Директива 92/50, така и Директива 2004/18 са приети въз основа на член 47, параграф 2 ЕО и на член 55 ЕО, т.е. в изпълнение на разпоредбите на първичното право относно правомощията в главите за правото на установяване и свободното предоставяне на услуги, и в този случай представеното в иска основание за нарушение на посочените директиви в областта на възлагането на обществени поръчки трябва да бъде отхвърлено като неоснователно.

53. За мен обаче не е сигурно дали извършването на услуги за спешен медицински и санитарен транспорт може да бъде квалифицирано като дейност по смисъла на член 45, параграф 1 ЕО, която е свързана, макар и епизодично, с упражняването на публична власт.

54. На първо място следва да се напомни, че тълкуването на понятието „упражняване на публична власт“ по смисъла на член 45, параграф 1 ЕО попада в обхвата на общностното право, тъй като общностният правен ред не цели по принцип да определи своите понятия на основата на една или повече национални правни системи без изрична разпоредба в този смисъл[15].

14 — Вж. заключението на генералния адвокат Lenz от 19 септември 1991 г. по дело Комисия/Гърция (C-306/89, Recueil, стр. I-5863, точка 28). Вж. също *Randelzhofer/Forsthoff*, in Grabitz/Hilf. Das Recht der Europäischen Union — Das Recht der Europäischen Union. Art. 226 EGV, Randnr. 82 (39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2009).

15 — Вж. Решение от 18 декември 2007 г. по дело Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, Сборник, стр. I-12273, точка 21), Решение от 22 май 2003 г. по дело Комисия/Германия (C-103/01, Recueil, стр. I-5369, точка 33) и Решение от 2 април 1998 г. по дело EMU Tabac и др. (C-296/95, Recueil, стр. I-1605, точка 30).

55. Следователно отговорът на въпроса дали дадена дейност е свързана с упражняването на публична власт по смисъла на член 45, параграф 1 ЕО следва да се основава на определението на общностното право за публична власт по смисъла на посочената разпоредба.

56. Условие да бъде прието, че макар и епизодично, е налице връзка с упражняване на публична власт по смисъла на член 45 ЕО, е спрямо гражданина да могат да бъдат упражнявани изключителни права, правомощия на публична власт или правомощия за принуда[16].

57. С оглед на основополагащото значение на основните свободи за вътрешния пазар член 45, параграф 1 ЕО, евентуално във връзка с член 55 ЕО, следва да се тълкува стеснително като изключение от принципа на свобода на установяване, съответно на свободно предоставяне на услуги[17]. Следователно предвиденото в член 45, параграф 1 ЕО изключение не се прилага спрямо всяка дейност, в рамките на която спрямо гражданина могат да бъдат упражнявани изключителни права, правомощия на публична власт или правомощия за принуда. По-скоро е необходимо тази връзка с упражняването на публична власт да е достатъчно интензивна и пряка.

58. С други думи, изискването за „упражняване на публична власт“ по смисъла на член 45, параграф 1 ЕО предполага достатъчно квалифицирано упражняване на изключителни права, правомощия на публична власт или правомощия за принуда. Съдът е обобщил посочената качествена оценка на участието в държавните дейности в условието за прилагане на разпоредбите на член 45, параграф 1 ЕО, евентуално във връзка с член 55 ЕО, а именно да е налице „пряко“ и „специфично“ участие в упражняването на публична власт[18].

59. Така в своето Решение от 29 октомври 1998 г. по дело Комисия/Испания[19] при разглеждането на въпроса дали дейностите на частните охранителни предприятия в Испания са свързани с упражняването на публична власт Съдът изтъква, че дори когато в определени ситуации трябва да оказват подкрепа на публичните охранителни органи, подобни частни охранителни структури изпълняват само спомагателни функции. Следователно

16 — Заключение на генералния адвокат Mayras от 28 май 1974 г. по дело Reyners (2/74, Recueil, стр. 665).

17 — Съдът потвърждава този ограничителен подход в постоянната си съдебна практика, като посочва, че при преценката на изключенията от свободата на установяване, предвидени в член 45 ЕО, трябва да се отчита общностният характер на определените с този член предели за посочената свобода. Вж. напр. Решение от 22 октомври 2009 г. по дело Комисия/Португалия (C-438/08, Сборник, стр. I-10219, точка 35).

18 — Вж. напр. Решение по дело Комисия/Португалия (посочено в бележка под линия 17, точка 36), както и Решение от 30 март 2006 г. по дело Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Recueil, стр. I-2941, точка 46) и Решение от 13 юли 1993 г. по дело Thijssen (C-42/92, Recueil, стр. I-4047, точка 22).

19 — Дело C-114/97, Recueil, стр. I-6717, точка 38 и сл.

частните охранителни предприятия нямат „пряко и специфично участие“ в упражняването на публична власт. Посоченият подход е предложен от генералния адвокат Alber в заключението му по същото дело с уговорката, че разграничението между основни и спомагателни функции следва да се разбира не като количествен, а като качествен критерий, и че съществува различие в степенуването на правомощията на публичните охранителни органи и на частните охранителни структури[20].

60. Подобна строгост Съдът демонстрира наскоро и в своето Решение от 22 октомври 2009 г. по дело Комисия/Португалия[21], в което постановява, че дейностите на частните структури, които извършват прегледи за проверка на техническата изправност на превозни средства, не попадат в обхвата на изключението по член 45 ЕО, въпреки че тези структури издават удостоверения за извършените от тях технически прегледи и с оглед на това упражняват публична власт. Посоченото упражняване на публична власт обаче не удовлетворява качествения критерий за „пряко и специфично“ участие в упражняването на публична власт по смисъла на член 45 ЕО. Във връзка с това Съдът посочва, от една страна, че издаването на удостоверение е просто правна последица от съответния техническия преглед, като органите за технически преглед нямат самостоятелност при взимане на решение. От друга страна, решението или отказът за издаването на удостоверение за техническата изправност се взима в рамките на прекия контрол, упражняван от страна на държавата[22].

61. Съдът вече е постановил, при проверката дали изключението съгласно член 45 ЕО е приложимо спрямо одиторите в застрахователни дружества и частни осигурителни структури, че дейностите, които имат само спомагателен и подготвителен характер по отношение на структура, която действително осъществява публична власт, като взема окончателното решение, не се считат за участие в упражняването на публична власт по смисъла на посоченото изключение[23].

62. Като обобщение, според постоянната съдебна практика към настоящия момент „упражняването на публична власт“ по смисъла на член 45, параграф 1 ЕО трябва

20 — Заключение на генералния адвокат Alber от 7 май 1998 г. по дело Комисия/Испания (C-114/97, Recueil, стр. I-6717, точка 27 и сл.). В Решение от 13 декември 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-465/05, Сборник, стр. I-11091, точка 31 и сл.), Решение от 31 май 2001 г. по дело Комисия/Италия (C-283/99, Recueil, стр. I-4363, точка 20 и сл.) и в Решение от 9 март 2000 г. по дело Комисия/Белгия (C-355/98, Recueil, стр. I-1221, точка 25 и сл.) се потвърждава констатацията, че дейността на охранителните предприятия или охранителните дружества обичайно не представлява пряко и специфично участие в упражняването на публична власт).

21 — Посочено в бележка под линия 17.

22 — Съдът вече е направил подобен извод в Решение от 29 ноември 2007 г. по дело Комисия/Германия (C-404/05, Сборник, стр. I-10239, точка 39 и сл.) и в Решение по дело Комисия/Австрия (C-393/05, Сборник, стр. I-10195, точка 37 и сл.), когато разглежда дейностите на частните структури за контрол върху производството на продукти на биологичното земеделие.

23 — Решение по дело Thijssen (посочено в бележка под линия 18, точка 17 и сл.). Вж. също Решение по дело Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (посочено в бележка под линия 18, точка 44 и сл.) относно определени дейности по консултиране и съдействие по данъчни въпроси, извършвани от Centri di Assistenza Fiscale в Италия.

да отговаря на високи качествени изисквания, поради които позоваването на член 45 ЕО досега почти без изключение е било безрезултатно[24].

63. В настоящото производство според мен доставчиците на услуги за спешен медицински и санитарен транспорт все пак участват в ограничена степен в упражняването на публична власт, без обаче да са налице необходимите за прилагането на разпоредбите на член 45 ЕО качествени характеристики.

64. Федерална република Германия счита, че участие в упражняването на публична власт на първо място е налице поради обстоятелството, че според германското право въпросните договори следвало да се квалифицират като публичноправни. На второ място, тя изтъква изключителните права на службите за спешна помощ съгласно законодателството за пътищата и движението по пътищата, които по-специално се изразявали в използването на синя лампа и сирена с цел отправяне на разпореждания към останалите участници в движението, които последните трябвало да спазват, а неизпълнението можело да се санкционира с глоба. На трето място, Федерална република Германия посочва, че службите за спешна помощ често участвали в организацията на спешния транспорт, както и в изпълнението на държавни дейности в областта на противопожарната и гражданската защита, а освен това подпомагали полицейските служби за сигурност чрез предоставянето на спасителни превозни средства в сферата на действие на службите за сигурност. На четвърто място, Федерална република Германия подчертава предвиденото в правото на много от провинциите назначаване на лицата от персонала за спешна помощ като административни служители.

65. Тези доводи са неубедителни.

66. С първия си довод Федерална република Германия пренебрегва принципа, според който общностният правен ред не цели по принцип да определи своите понятия на основата на една или повече национални правни системи[25]. Обстоятелството, че според германското право въпросните услуги за спешна помощ са организирани като публичноправни, е ирелевантно за отговора на въпроса дали посочените услуги попадат в обхвата на член 45 ЕО.

67. Въпреки че след това Федерална република Германия правилно изхожда от предположението, че използването на синя лампа и сирена от страна на службите за спешна помощ следва да се разглежда

24 — Наред с вече упоменатите решения вж. напр. Решение от 18 декември 2007 г. по дело Jundt (C-281/06, Сборник, стр. I-12231, точка 35 и сл.) относно упражняването на университетска преподавателска дейност.

25 — Вж. точка 54 и сл. от настоящото заключение.

като упражняване на изключително право, според мен конкретният израз на посоченото право като че ли не е достигнал изисквания според постоянната съдебна практика интензитет, за да се приложи член 45 ЕО. Изтъкнатите изключителни права всъщност се свеждат, от една страна, до специалното оборудване на превозните средства на службите за спешна помощ и снабдяването им със синя лампа и сирена, а от друга — до изискването за осигуряване при определени условия на предимство на посочените превозни средства в рамките на движението по пътищата спрямо останалите участници в движението, като неспазването на тези изключителни права от останалите участници в движението е нарушение, наказуемо с глоба. Според мен посочените изключителни права със сравнително неголям интензитет не отговарят на посочените по-горе високи качествени изисквания за упражняването на публична власт по смисъла на член 45 ЕО.

68. Във връзка с това е неубедително и изтъкнатото от германското правителство участие на службите за спешна помощ в организацията на спешния транспорт и в противопожарната и гражданската защита, както и предоставянето на спасителни превозни средства с цел подпомагане на службите за сигурност и противопожарните служби. Тук следва да се изтъкне, от една страна, че предоставянето на спасителни превозни средства с цел подпомагане на службите за сигурност по правило трябва да се оценява като чисто спомагателна и подготвителна дейност, която според горепосочената съдебна практика не може да представлява пряко участие в упражняването на публична власт. Дори ако дадените от Федерална република Германия примери за участието на службите за спешна помощ в организацията на спешната помощ, както и в противопожарната и гражданската защита[26], надхвърлят рамките на чисто спомагателните и подготвителни дейности, тези дейности също не отговарят на вече посочените високи качествени изисквания за упражняването на публична власт по смисъла на член 45 ЕО.

69. На последно място, доводът за често предвижданата в правото на провинциите възможност за назначаване на лицата от персонала за спешна помощ като административни служители се опровергава от постоянната практика на Съда, според която не може да се приеме допуснатото от членове 45 ЕО и 55 ЕО изключение да се разпростре върху дадена професия като цяло, след като дейностите, които евентуално се включват в упражняването на публична власт, представляват елемент, който може да се отдели от цялостната въпросна професионална дейност[27].

70. С оглед на горепосоченото правя извод, че въпросната дейност по предоставяне на услуги за спешна помощ като

26 — Като примери за публични функции, които се изпълняват от доставчиците на услуги за спешна помощ, Федерална република Германия посочва мерки за евакуация, охрана и блокиране при спешни случаи и общо — участието на доставчиците на услуги за спешна помощ в планирането, организирането и управлението на услугата за спешна помощ, в рамките на която те например имали право да налагат на трети лица задължения за представяне на информация, съответно уведомяване, или да вземат решение за участието на други специализирани служби.

27 — Решение по дело Комисия/Германия (посочено в бележка под линия 22, точка 47) и Решение по дело Комисия/Австрия (посочено в бележка под линия 22, точка 45).

такава не включва пряко и специфично участие в упражняването на публична власт. Следователно в настоящото дело изключението съгласно член 45 ЕО не е релевантно.

5. Липса на обосновка съгласно член 86, параграф 2 ЕО

71. Позовавайки се на Решение по дело Ambulanz Glöckner[28], при условията на евентуалност Федерална република Германия изтъква, че услугите за спешна помощ следвало да се квалифицират като услуги от общ икономически интерес по смисъла на член 86, параграф 2 ЕО, като предвидената в тази разпоредба обосновка важала и в областта на свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги.

72. Не считам този довод за убедителен.

73. Становището на Федерална република Германия може да се приеме, доколкото тя изтъква, че в Решение от 23 октомври 1997 г. по дело Комисия/Нидерландия[29] и в Решение от 18 юни 1998 г. по дело Corsica Ferries France[30] Съдът приема обосновката съгласно член 86, параграф 2 ЕО за приложима и спрямо държавни мерки, които са били несъвместими с разпоредбите на Договора за ЕО относно свободното движение на стоки, съответно свободното предоставяне на услуги, и по този начин потвърждава възможността член 86, параграф 2 ЕО да се прилага за обосноваване на нарушения на член 86, параграф 1 ЕО във връзка с основните свободи[31].

74. С оглед на актуалното развитие на съдебната практика на Съда обаче първо следва да се постави въпросът дали Решение по дело Комисия/Нидерландия и Решение по дело Corsica Ferries France могат да бъдат напълно приложими и в посочения аспект. Според актуалната съдебна практика обстоятелството, че поради специфичната си форма дадена дейност се изключва от приложното поле на правилата относно конкуренцията, не означава непременно, че се изключва и от приложното поле на правилата относно свободното движение[32].

75. С оглед на горепосоченото възниква въпросът дали установената с Решение по дело Комисия/Нидерландия и с Решение по дело Corsica Ferries France тенденция в съдебната практика относно приложимостта на член 86, параграф 2 ЕО в областта на основните свободи не трябва да

28 — Решение от 25 октомври 2001 г. по дело Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, стр. I-8089).

29 — Дело C-157/94, Recueil, стр. I-5699, точка 27 и сл.

30 — Дело C-266/96, Recueil, стр. I-3949, точка 59.

31 — Вж. също Mestmäcker/Schweitzer, in *Immenga/Mestmäcker*. Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht. 4. Aufl., München 2007. Art. 86 Abs. 2 EGV, Randnr. 42; Pernice/Wernicke, in *Grabitz/Hilf*, посочено по-горе (бележка под линия 14), член 86 от Договора за ЕО, точка 53.

32 — Решение от 11 декември 2007 г. по дело International Transport Workers' Federation и Finnish Seamen's Union („Viking Line", C-438/05, Сборник, стр. I-10779, точка 53). Вж. също Решение от 18 юли 2006 г. по дело Meca-Medina (C-519/04 P, Recueil, стр. I-6991, точки 31—34).

бъде преразгледана, още повече че в предходната си практика Съдът изглежда изключва подобна приложимост[33].

76. В настоящото производство обаче не е необходимо този въпрос да се разглежда по-подробно, тъй като Федерална република Германия дори не е доказала, че условията за прилагане на член 86, параграф 2 ЕО сами по себе си са изпълнени.

77. Държавата членка, която се позовава на член 86, параграф 2 ЕО, следва да докаже, че са изпълнени предвидените в посочения член условия[34].

78. В настоящото производство член 86, параграф 2 ЕО изисква да се докаже, че въпросните услуги за спешна помощ следва да се определят като услуги от общ икономически интерес, че изменение на спорната практика при възлагане на обществени поръчки по смисъла на общностното право би осуетило или застрашило предоставянето на посочените услуги от правна или от фактическа гледна точка, както и че развитието на търговията не се засяга от спорната практика до степен, която би била в противоречие с интересите на Общността.

79. Макар да изглежда безспорно, че услугите за спешен медицински транспорт следва да бъдат квалифицирани като услуги от общ икономически интерес по смисъла на член 86, параграф 2 ЕО[35], Федерална република Германия не е доказала в настоящото производство, че спорната практика при възлагане на обществени поръчки е абсолютно необходима и затова изпълнението на дейностите по предоставяне на въпросните услуги за спешна помощ не може да се гарантира с други средства, съобразени в по-голяма степен с общностното право.

80. В това отношение Федерална република Германия изтъква единствено че включването всеки път на нови доставчици на услуги за спешна помощ в системата на спешната помощ в даден регион би затруднило или възпрепятствало предоставянето на кръстосани субсидии между гъсто населени региони, в които извършването на услуги за спешна помощ било по-рентабилно, и доста по-нерентабилни слабо населени региони. Освен това присъщата на настоящата практика при възлагане на обществените поръчки закрила на

33 — Решение от 10 юли 1984 г. по дело Campus Oil и др. (72/83, Recueil, стр. 2727, точка 19).

34 — Вж. напр. Решение от 23 октомври 1997 г. по дело Комисия/Франция (C-159/94, Recueil, стр. I-5815, точка 101).

35 — Вж. напр. Решение по дело Ambulanz Glöckner (посочено в бележка под линия 28, точка 55).

действащите в Германия организации за подкрепа, организирани на членски принцип, била необходима, защото посочените организации били длъжни да оказват помощ при бедствие. Следователно единствено тези организации гарантирали, че в случай на бедствие или авария ще могат да бъдат привлечени голям брой живеещи в района доброволци, като последните трябвало да имат възможност да трупат редовен практически опит в областта на услугите за спешна помощ.

81. В писмената си реплика Комисията оспорва довода за кръстосаните субсидии, като изтъква, че твърдението за нуждата на службите за спешна помощ от кръстосани субсидии, за да се организира рентабилното обслужване на не толкова печеливши региони, не е довод срещу отправянето съгласно общностното право на покана за представяне на оферти във връзка с услугите за спешна помощ. Различната рентабилност на определени региони можела да се компенсира с по-високо възнаграждение за по-нерентабилните региони. Друга възможност било комбинираното възлагане на обществени поръчки за услуги в областта на спешния медицински и санитарен транспорт в рамките на географски определени области, които включват както рентабилни, така и по-нерентабилни региони.

82. В писмената си дуплика Федерална република Германия не твърди, че тези посочени от Комисията алтернативи при възлагането на обществени поръчки, предвид релевантните фактически и правни обстоятелства, биха затруднили или дори направили невъзможно изпълнението на задачата да се предоставят услуги за спешен медицински транспорт. С оглед на това доводът относно необходимостта от спорната практика при възлагане на обществени поръчки поради произтичащите от нея кръстосани субсидии следва да се отхвърли като недостатъчно обоснован.

83. Същото се отнася и за довода относно големия брой живеещи близо до мястото на намеса доброволци. В тази връзка като алтернатива, съгласувана с правото в областта на обществените поръчки, Комисията посочва възможността да се направи покана за представяне на оферти, в която присъствието на място е взето предвид като критерий за избор. В писмената си дуплика Федерална република Германия не е представила достатъчно доказателства, за да се отхвърли и тази възможност.

84. С оглед на гореизложеното правя извод, че Федерална република Германия не е представила изискваното от нея доказателство, че спорната в настоящото производство практика при възлагането на обществени поръчки за спешна помощ отговаря на критериите на член 86, параграф 2 ЕО. Следователно по тази причина

следва да се отхвърли като необоснован доводът, с който тя се позовава на член 86, параграф 2 ЕО.

„процедура за предоставяне на разрешение“ за възлагането на обществени поръчки с определен паричен интерес във връзка с услуги за спешна помощ. Предмет на обществената поръчка било предоставянето на превозни средства и на персонал за извършване на услуги за спешен медицински, съответно квалифициран санитарен транспорт, за периода 2007—2011 г. на стойност над 7 млн. евро годишно. Не била направена покана на европейско равнище за представяне на оферти.

6. Анализ на деветте спорни процедури за възлагане на обществени поръчки

85. Комисията възразява срещу девет процедури за възлагане на обществени поръчки за предоставяне на услуги за спешна помощ в четири провинции. На тази основа тя иска да се установи наличието на неправомерна практика при възлагането на обществени поръчки във Федерална република Германия. Тъй като неправомерна практика би могла да съществува само доколкото с провеждането на отделните спорни процедури за възлагане действително са били нарушени разпоредбите на общностното право, най-напред ще разгледам въпроса дали и в каква степен при провеждането на отделните процедури за възлагане на обществени поръчки могат да бъдат установени нарушения на посочените от Комисията разпоредби и принципи.

87. Федерална република Германия не оспорва така представените обстоятелства.

88. Комисията счита, че при възлагане на посочената обществена поръчка Федерална република Германия е нарушила член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18. Освен това с процедурата за възлагане били нарушени и забраната за дискриминация и задължението за прозрачност, които били част от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

а) Възлагане на обществена поръчка от град Магдебург (Саксония-Анхалт)

i) Нарушение на член 16 от Директива 92/50, съответно на член 35, параграф 4 от Директива 2004/18

86. Според Комисията, считано от октомври 2005 г. град Магдебург в качеството си на възлагащ орган провежда т.нар.

89. Съгласна съм с Комисията в смисъл, че спорното възлагане на обществената поръчка от страна на град Магдебург при

всички положения представлява нарушение на член 16 от Директива 92/50, съответно на член 35, параграф 4 от Директива 2004/18.

90. Съгласно неоспореното изложение на Комисията в качеството си на възлагащ орган по смисъла на директивите относно възлагането на обществени поръчки град Магдебург е сключил с доставчик на услуги писмен възмезден договор за предоставяне на услуги за спешна помощ, чиято прогнозна стойност надхвърля праговете по Директива 92/50, съответно по Директива 2004/18. Въпреки че не е точно установено към кой момент какви релевантни по отношение на правото в областта на обществените поръчки действия са били извършени (според Комисията процедурата е започнала от октомври 2005 г.) и следователно не е ясно дали спорната процедура за възлагане следва изцяло или частично да бъде проверена въз основа на Директива 92/50 или по-скоро изцяло или частично въз основа на Директива 2004/18[36], в настоящото дело липсата на по-точни данни за хронологията на процедурата за възлагане не може да служи като основание да бъде отречено нарушението на разпоредбите на правото в областта на обществените поръчки. Това е така, защото съгласно Директива 92/50, както и съгласно Директива 2004/18 град Магдебург е следвало да изпълни задължението си да изпрати обявление за възложените обществени поръчки (член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18), и то независимо кой компонент на услугите за спешна помощ е бил с по-висока стойност — транспортният или този на медицинското обслужване.

ii) Липса на нарушение на утвърдените в първичното право забрана за дискриминация и задължение за прозрачност

— Проверка за основателност в хипотезата, че посоченото в иска правно основание, изведено от нарушение на първичното право, е частично недопустимо

91. Както вече споменах при проверката за допустимост, настоящият иск следва да се отхвърли като недопустим, доколкото с него се цели да се установи, че с възлагането на обществени поръчки за предоставяне на услуги за спешна помощ, които засягат най-вече превоза на хора, са нарушени забраната за дискриминация и задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги[37].

92. Следователно посоченото в иска правно основание, изведено от нарушаване на тези принципи на първичното право, е допустимо само доколкото с него се оспорва възлагането на услуги за

36 — Определящо е съответното правно положение към момента на действието или на бездействието. Вж. във връзка с това *Egger*, A. Europäisches Vergaberecht. Baden-Baden 2008, 416. Вж. също Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Комисия/Франция (C-337/98, Recueil, стр. I-8377, точка 38 и сл.).

37 — Вж. точка 30 и сл. от настоящото заключение.

спешна помощ, които се отнасят най-вече до медицинско обслужване.

93. За да бъде ограничението по такъв начин правно основание обявено за основателно, Комисията на първо място би следвало да докаже, че оспорваните от нея процедури за възлагане на обществени поръчки са имали за предмет услуги за спешна помощ, отнасящи се най-вече до медицинско обслужване. В настоящото производство обаче Комисията, освен че не представя доказателства, дори и не прави подобно твърдение. Напротив, по мнение на Комисията не е необходимо да се разглежда въпросът дали спорните услуги се отнасят най-вече до превоз на хора или по-скоро до медицинско обслужване.

94. Тъй като в производството за установяване на неизпълнение на задължения по член 226 ЕО Комисията е длъжна да докаже твърдяното от нея неизпълнение на задължения и да представи пред Съда всички данни, които са необходими за преценката на случая[38], а с оглед на установеното по-горе тя не е изпълнила това задължение за излагане на фактите и за доказване, правното основание, изведено от нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги, доколкото е допустимо, следва да се отхвърли като неоснователно.

— При условията на евентуалност: проверка на основателността, ако правното основание, изведено от нарушение на първичното право, бъде прието за изцяло допустимо

95. Ако обратно на настоящото становище Съдът обяви правното основание, изведено от нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги, за изцяло допустимо, следва да се провери и основателността на посоченото основание в неговата цялост.

96. Отправна точка при проверката за основателност в рамките на посочената хипотеза е обстоятелството, че Комисията умишлено не отговаря на въпроса дали въпросните услуги за спешна помощ се отнасят предимно до превоз на хора или по-скоро до медицинско обслужване. Така не може да се установи дали спрямо посочените услуги за спешна помощ като смесени услуги по смисъла на Директива 92/52, съответно на Директива 2004/18, следва да бъдат прилагани в пълен обем

38 — Вж. Решение от 29 октомври 2009 г. по дело Комисия/Финландия (C-246/08, все още непубликувано в *Сборника*, точка 52), Решение от 6 октомври 2009 г. по дело Комисия/Швеция (C-438/07, все още непубликувано в Сборника, точка 49) и Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия (C-507/03, Сборник, стр. I-9777, точка 33).

директивите в областта на възлагането на обществени поръчки[39], а следователно и дали е трябвало да бъдат отправяни покани за представяне на оферти в съответствие с предвидените в тези директиви процедури за възлагане на обществени поръчки. Комисията се опитва да заобиколи посочения проблем, като излага в иска си общо твърдение за нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

97. Вследствие на избраната от Комисията процесуална тактика обаче в настоящото производство възниква принципният въпрос дали ако докаже, че поведението на дадена държава членка може да представлява както нарушение на разпоредбите на първичното право, така и нарушение на разпоредбите на Директива 92/50, съответно на Директива 2004/18 като цяло, в производство по член 226 ЕО Комисията има право на избор дали да предяви иска си въз основа на първичното право или по-скоро въз основа на директивите в областта на възлагането на обществени поръчки. Ще разгледам този въпрос понататък въз основа на принципа на предимство на прилагането на вторичното право при отчитане на смисъла и целта на производството за установяване на неизпълнение на задължения съгласно член 226 ЕО.

98. След това ще разгледам строгите изисквания на първичното право, които съгласно актуалната съдебна практика се прилагат по отношение на доказването, че при възлагането на второстепенни услуги има трансграничен интерес, и ще проверя какъв извод може да се направи от посочената съдебна практика за преценката на настоящото дело.

Принцип на предимство на прилагането на вторичното право

99. Съгласно постоянната съдебна практика принципът на предимство на прилагането на вторичното право гласи, че след цялостното хармонизиране на дадена материя на равнище на общностно вторично право всяка национална правна уредба, свързана с тази материя, следва да се преценява въз основа на разпоредбите на акта на вторичното право, а не въз основа на разпоредбите на Договора за ЕО[40].

100. В настоящото производство на равнище първично право Комисията по същество излага твърдение за нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

39 — Вж. във връзка с това точка 34 и сл. от настоящото заключение.

40 — Вж. напр. Решение от 11 декември 2003 г. по дело Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, стр. I-14887, точка 64).

101. Според постоянната съдебна практика утвърденият в първичното право принцип на равно третиране в областта на възлагането на обществени поръчки има за цел всички оференти да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си, и то независимо от гражданството им[41]. Принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, налагат задължение за прозрачност, което се състои в това да се гарантира на всеки потенциален оферент подходящо равнище на публичност, което дава възможност за възлагане на обществената поръчка при условия на конкуренция, както и контрол за безпристрастността на процедурите за възлагане на обществени поръчки[42].

102. Посоченият принцип на равно третиране и на създаване на достатъчна прозрачност, предвиден в първичното право, е хармонизиран във възможно най-висока степен в Директива 92/50 и в Директива 2004/18 въз основа на изключително подробните правила относно различните задължения за предоставяне на информация, уведомяване и публикуване. Посочените задължения за осигуряване на прозрачност по силата на вторичното право се характеризират с подробното си хармонизиране, което в отделни аспекти следва да бъде оценявано като пълно хармонизиране[43].

103. Така с оглед на предимството на прилагането на вторичното право в настоящото производство възниква въпросът дали Комисията може да излага твърдение за нарушение на забраната за дискриминация, утвърдена в първичното право, както и на произтичащото от това задължение за прозрачност, въпреки че ако стойността на транспортния компонент е по-висока, възлагането на въпросните обществени поръчки би трябвало да попада изцяло в обхвата на директивите в областта на възлагането на обществени поръчки[44] и въпреки че забраната за дискриминация и задължението за прозрачност, които

41 — Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 48).

42 — Решение от 15 октомври 2009 г. по дело Acoset (C-196/08, Сборник, стр. I-9913, точка 49) и Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 21). Във връзка със съотношението между забраната за дискриминация и задължението за прозрачност вж. Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 38, точка 30 и сл.), както и Решение от 21 февруари 2008 г. по дело Комисия/Италия (C-412/04, Сборник, I-619, точка 66), Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точка 17 и сл.) и Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точка 60 и сл.).

43 — Като цяло следва да се приеме, че Директиви 92/50 и 2004/18 нямат за цел цялостно хармонизиране на попадащите в съответния им обхват разпоредби относно обществените поръчки. Това става ясно още от наименованията на посочените директиви, в които се говори за „координиране“ на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги. Обстоятелството обаче, че с приемането на директивите се цели минимално хармонизиране, не изключва цялостното хармонизиране в определени области. С оглед на съдържащите се в тях изключително подробни правила относно задълженията за предоставяне на информация, уведомяване и публикуване в рамките на отделните процедури за възлагане, в тази област е изключително трудно най-вече да се прокара границата между много подробно минимално хармонизиране и цялостно хармонизиране. Както правилно предлага генералният адвокат Mazák в заключението си от 22 септември 2009 г. по дело Комисия/Франция (C-299/08, точка 12 и сл.) и както Съдът потвърждава в Решение от 10 декември 2009 г. по дело Комисия/Франция (C-299/08, Сборник, стр. I-11587, точка 28 и сл.), при всички случаи изброяването на отделните процедури по възлагане в текста на член 28 и сл. от Директива 2004/18 следва да се преценява като изчерпателно. Оттук пряко следва, че поне някои отделни разпоредби, засягащи посочените процедури, следва да се преценяват като израз на цялостно хармонизиране.

44 — Ако обаче Комисията бе представила доказателство, че услугите за спешен медицински транспорт следва да се третират като поръчки за второстепенни услуги и като такива биха попадали в приложното поле на директивите в областта на възлагането на обществени поръчки само частично, според постоянната съдебна практика при наличие на еднозначен трансграничен интерес прилагането на произтичащите по силата на членове 43 ЕО и 49 ЕО принципи би било възможно. Вж. напр. Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 38, точка 29 и сл.).

произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги, са хармонизирани подробно, а в определени области дори изчерпателно, в посочените директиви.

104. Досега този въпрос все още не е намерил окончателен отговор в практиката на Съда.

105. Установено е, че предимството на прилагането на вторичното право изключва възможността за обосноваване с някое от закрепените в първичното право съображения във връзка с нарушаването на основните свободи, доколкото нарушаването засяга области, в които посочените съображения са предмет на пълно хармонизиране[45]. Обратно, дадена национална разпоредба, с която държава членка изпълнява задълженията си, произтичащи от акт на вторичното право, не може да се оценява като нарушение на някоя от основните свободи[46]. Ако разрешение съгласно първичното право може да се изтъкне срещу забрана съгласно вторичното право или забрана съгласно първичното право може да се изтъкне срещу принцип на вторичното право, това би поставило под въпрос валидността на вторичното право[47].

106. Въпреки че в няколко преюдициални заключения също е потвърдено, че националните мерки не следва да се оценяват с оглед на основните свободи, ако и доколкото във вторичното право съществува изчерпателна правна уредба[48], досега до голяма степен остава неизяснен въпросът дали и в рамките на производство за установяване на неизпълнение на задължения не може да бъде пряко излагано твърдение за нарушение на основните свободи, ако и доколкото спорното поведение същевременно представлява или може да представлява нарушение на разпоредби на вторичното право, с които дадена област, попадаща в обхвата на основните свободи, е цялостно хармонизирана[49].

107. Според мен в производството за установяване на неизпълнение на задължения не може да бъде пряко повдигнато твърдение за нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за

45 — Решение от 24 март 2009 г. по дело Danske Slagterier (C-445/06, Сборник, стр. I-2119, точка 25), Решение от 11 юли 1996 г. по дело Bristol-Myers Squibb и др. (C-427/93, C-429/93 и C-436/93, Recueil, стр. I-3457, точка 25), Решение от 30 ноември 1983 г. по дело Van Bennekom (227/82, Recueil, стр. 3883, точка 35) и Решение от 5 октомври 1977 г. по дело Tedeschi (5/77, Recueil, стр. 1555, точка 33 и сл.).

46 — Вж. напр. Решение по дело Deutscher Apothekerverband (посочено в бележка под линия 40, точка 52 и сл.).

47 — В този смисъл: Randelzhofer/Forsthoff, in *Grabitz/Hilf*, посочено по-горе (бележка под линия 14), преди членове 39—55 от Договора за ЕО, точка 149.

48 — Като принципно решение може да се посочи Решение от 12 октомври 1993 г. по дело Vanacker и Lesage (C-37/92, Recueil, стр. I-4947). Вж. също Решение от 17 април 2007 г. по дело AGM-COS.MET (C-470/03, Сборник, стр. I-2749, точка 50 и сл.), Решение от 13 януари 2005 г. по дело Denkavit (C-145/02, Recueil, стр. I-51, точка 22 и сл.), Решение от 14 декември 2004 г. по дело Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Recueil, стр. I-11763, точка 52 и сл.) и Решение от 13 декември 2001 г. по дело DaimlerChrysler (C-324/99, Recueil, стр. I-9897, точка 32 и сл.).

49 — Относно ограничаването на обхвата на основните свободи чрез цялостно хармонизирани актове на вторичното право вж. *Kingreen*, T. Kommentar zu EUV/EGV (hrsg. Calliess, C./Ruffert, M.), 3. Aufl., 2007, Art. 28—30 EGV, Randnr. 18.

прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги, ако спорното поведение същевременно представлява нарушение на цялостно хармонизирани разпоредби на вторичното право, основани на посочените основни свободи. Ако все пак се приеме, че в такъв случай Комисията има възможност за избор дали да изложи твърдение за нарушение на основна свобода или за нарушение на разпоредба на вторичното право за цялостна хармонизация, това сериозно би поставило под въпрос валидността на разпоредбите на вторичното право.

108. Отличителната характеристика на актовете на вторичното право за цялостна хармонизация се състои в това, че държавите членки не могат да излизат извън рамките на релевантните изисквания на общностното право. В това отношение разпоредбите за цялостна хармонизация по принцип са формулирани много конкретно. Следователно ако дадена област, попадаща в обхвата на някоя от основните свободи, стане предмет на цялостна хармонизация в рамките на вторичното право, е почти изключено разпоредбите на първичното и на вторичното право да налагат на държавите членки абсолютно еднакви задължения. Разпоредбите на вторичното право всъщност формулират и конкретизират основните свободи под формата на конкретни права и задължения. От своя страна разпоредбите на първичното право са много по-общи и затова по принцип могат да бъдат изпълнявани по различни начини. Посочената различна степен на регулиране неминуемо по същество води до „напрежение“ между първично право и вторично право за цялостна хармонизация, по-специално между „разрешение съгласно първичното право“ и „забрана съгласно вторичното право“ или обратно.

109. В гореспоменатата съдебна практика относно неприложимостта на съображения съгласно първичното право, ако и доколкото те са предмет на пълно хармонизиране, този конфликт между „разрешение съгласно първичното право“ и „забрана съгласно вторичното право“ се решава в полза на забраната съгласно вторичното право, като така тя се прилага с предимство. Въз основа на същото претегляне на интересите общият проблем с напрежението между по същество по-абстрактната и по-бегло определена основна свобода на първичното право и основаната на нея силно конкретизирана и очертана по своето съдържание разпоредба на вторичното право за цялостна хармонизация също следва да бъде решен в полза на посочената разпоредба на вторичното право[50], както Съдът вече е потвърдил в постоянната си практика по преюдициални запитвания[51].

50 — Въпреки че в Решение по дело Danske Slagterier (посочено в бележка под линия 45, точка 18 и сл.) е потвърдена възможността гражданите да се позовават на свободното движение на стоки въпреки наличието на две хармонизиращи директиви, с посоченото решение Съдът все пак не се е произнесъл срещу предимството на прилагането на вторичното право в предложения тук смисъл. Както изтъкнах в заключението си от 4 септември 2008 г. по упоменатото по-горе дело (точка 82), няма никакви основания да се приеме, че с тези директиви общностният законодател е искал да очертае и правата на гражданите на Съюза и така да им отнеме възможността да се позовават на свободното движение на стоки по силата на член 28 ЕО.

51 — Вж. във връзка с това посочените в бележка под линия 48 решения.

110. С оглед на изложените по-горе разсъждения, ако според Комисията поведението на дадена държава членка би могло да представлява нарушение едновременно на съдържащи се в първичното право разпоредби и на основани на тях разпоредби на вторичното право за цялостна хармонизация, в производството за установяване на неизпълнение на задължения тя не може да се ограничи само с общи твърдения за нарушение на разпоредбите на първичното право.

111. Същото би следвало да важи и в случай като настоящия, в който се твърди, че е налице нарушение на произтичащата от принципа на свобода на установяване и на свободно предоставяне на услуги забрана за дискриминация, както и на следващото от това задължение за прозрачност, въпреки че директивите в областта на възлагането на обществени поръчки са приложими в пълна степен и тъкмо задължението за прозрачност е уредено подробно, а в някои аспекти и изчерпателно, в посочените директиви. Поради изключително подробното конкретизиране във вторичното право на задълженията за осигуряване на прозрачност в рамките на директивите в областта на обществените поръчки тук също възниква проблемът с напрежението между „разрешение съгласно първичното право „и“ забрана съгласно вторичното право“ и обратно, което в светлината на горната преценка следва да се реши в полза на разпоредбата на вторичното право[52].

112. С оглед на тези разсъждения в случай като настоящия Комисията не може да се ограничи само с общи твърдения за нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

113. Този извод се потвърждава при по-подробен анализ на смисъла и целта на производството за установяване на неизпълнение на задължения съгласно член 226 ЕО. Посоченото производство по същество има обективна правна функция, а именно по уеднаквен начин да прилага и да гарантира спазването на разпоредбите на общностното право[53]. Следователно целта на производството за установяване на неизпълнение на задължения съгласно член 226 ЕО не е да бъдат налагани наказания на дадена държава членка. Констатацията, че определен процес или положение противоречи на общностното право, не е

52 — Във връзка с това следва да се напомни, че при минимално хармонизиране се установяват минималните стандарти, които държавите членки трябва да достигнат. Ако посочените минимални стандарти определят строги правила за процедури и срокове, които следва да бъдат спазвани с оглед на принципа на равно третиране и на прозрачност, може да се появи напрежение по отношение на съдържащите се в първичното право разпоредби, което да се прояви подобно на това при цялостно хармонизиране.

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

самоцел, а на първо място следва да внесе яснота дали и доколко е налице положение, което противоречи на общностното право. Констатирането от Съда на неизпълнението от държава членка на задължение по Договора същевременно трябва да даде възможност да се установи какви мерки са необходими съгласно общностното право, за да се създаде или възстанови положението, съответстващо на общностното право[54].

114. Ако в производство като настоящото като цяло трябва да се установи, че със спорното възлагане на обществени поръчки Федерална република Германия е нарушила утвърдените в първичното право забрана за дискриминация и задължение за прозрачност, без да се изясни дали въпросните смесени услуги включват най-вече елементи на първостепенни услуги и дали следователно директивите в областта на възлагането на обществени поръчки трябва да се прилагат в пълна степен, впоследствие не би могло да се установи със сигурност какви мерки са необходими от гледна точка на общностното право, за да се създаде или възстанови положението, съответстващо на общностното право. Всъщност ако услугите за спешна помощ се обхващат напълно от директивите в областта на възлагането на обществени поръчки, спазването на не толкова строго очертаното и конкретизирано по своето съдържание задължение за прозрачност, определено в първичното право, не би било достатъчно, за да се изпълнят изключително подробните изисквания на директивите в областта на обществените поръчки[55].

115. Въз основа на тези разсъждения правя извод, че като се отчитат предимството на прилагането на вторичното право и целите на производството за установяване на неизпълнение на задължения съгласно член 226 ЕО, оспореното от Комисията възлагане на обществени поръчки от страна на град Магдебург не може да се преценява въз основа на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

Доказване на трансграничен интерес при възлагането на второстепенни услуги

116. По принцип положенията с чисто национален характер не попадат в обхвата на основните свободи. Следователно ако Комисията излага твърдение за нарушение

54 — Вж. *Gaitanides*, C., посочено по-горе (бележка под линия 53), точка 12, според която в производството по член 226 ЕО не става дума нито за отговорността на държавите членки по смисъла на общото международно право, нито за постановяване на присъда, а за обективно установяване на дадено положение. Производството имало чисто организационна функция и единствената цел да принуди държавите членки да преустановят съответното неизпълнение на задължения. Санкционирането на държавата, която е допуснала неизпълнение на задължения, можело да бъде само странично действие, но никога цел на производството.

55 — Действително, съгласно постоянната съдебна практика задължението за осигуряване на прозрачност налага в полза на потенциалните изпълнители да се гарантира подходяща степен на публичност, но не налага непременно задължението да се отправи покана за представяне на оферти; вж. Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Coditel Brabant (C-324/07, Сборник, стр. I-8457, точка 25), както и Решение по дело Coname (посочено в бележка под линия 42, точка 21). Във връзка с това *Egger*, A., посочен по-горе (бележка под линия 36), точка 147 и сл., посочва, че изискванията на първичното право предоставят на държавите членки по-голяма свобода на действие, отколкото директивите в областта на обществените поръчки. При това той правилно изтъква, че не само става дума за различна задълбоченост на проверката, но и разпоредбите на първичното право са по-общи и затова като цяло не толкова строги и подробни. Вж. *Van den Berge*, I. J. De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies. NTER 2005. p. 241—243, който счита, че разпоредбите на членове 28 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО почти не дават възможност за формулиране на общовалидни становища относно задълженията за осигуряване на прозрачност, които следва да бъдат спазвани.

на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги, тя следва да докаже наличието на трансграничен интерес при възлагането на въпросните обществени поръчки.

117. В своето Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия[56] във връзка с възлагането на обществени поръчки за услуги, включени в приложение I Б към Директива 92/50, Съдът изтъква, че тези услуги поначало са подчинени на прогласените от Договора принципи относно правото на установяване и на свободно предоставяне на услуги, но Комисията винаги следва да представя доказателства за наличието на сигурен трансграничен интерес при съответната поръчка. Във връзка с това самото посочване от Комисията, че до нея е изпратена жалба във връзка с разглежданата поръчка, не би могло да се смята за достатъчно, за да се докаже, че при последната има сигурен трансграничен интерес, и въз основа на това да бъде установено неизпълнение на задължения от държава членка[57].

118. Посочената строга проверка дали при възлагането на второстепенни услуги е налице трансграничен интерес може поне отчасти да се обясни с обстоятелството, че според общностния законодател поръчките за услуги по приложение I Б към Директива 92/50, съответно тези по приложение II Б към Директива 2004/18, a priori нямат трансгранично значение. Затова разпоредбите на Директива 92/50 и на Директива 2004/18 предвиждат за тази категория услуги само задължение за оповестяване ex post[58].

119. Тъй като в производството за установяване на неизпълнение на задължения Комисията е длъжна да представи пред Съда всички необходими данни за преценка на случая, тя не може да заобиколи по-строгите изисквания на първичното право за доказване на трансграничен интерес, които се прилагат спрямо възлагането на смесени услуги с преобладаващи елементи на второстепенни услуги, като умишлено не дава отговор на въпроса за определянето на въпросните смесени услуги с оглед на правото в областта на обществените поръчки. Следователно и в производство като настоящото Комисията е длъжна да докаже, че е налице трансграничен интерес при възлагането на въпросните услуги съобразно строгите изисквания, които Съдът е определил с Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия относно второстепенните услуги.

120. Като доказателство за наличието на трансграничен интерес при възлагането на поръчката от страна на град Магдебург Комисията просто препраща към общо оплакване относно възлагането на

56 — Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 38, точка 29 и сл.).

57 — Пак там, точка 34.

58 — Пак там, точка 25. Вж. също *Frenz*, W. Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht. Berlin u. a. 2007, Randnr. 2116.

услуги за спешна помощ в Германия, както и относно икономическото значение на въпросните услуги, като поради големия обем на поръчката следвало да се предполага, че неминуемо ще има повишен интерес от страна на чуждестранни доставчици на услуги. Посочените общи твърдения на Комисията, които по никакъв начин не са свързани с възлагането на поръчката от страна на град Магдебург и освен това отчасти се основават на предположения, не отговарят на високите изисквания за доказване на трансграничен интерес при възлагането на поръчки за второстепенни услуги.

121. Поради липса на доказателства за наличие на трансграничен елемент твърденията на Комисията, че възлагането на поръчката от страна на град Магдебург представлявало и нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги, следва да бъдат отхвърлени като необосновани.

iii) Извод

122. С оглед на горепосочените разсъждения правя извод, че със спорното възлагане на обществена поръчка от страна на град Магдебург Федерална република Германия не е изпълнила разпоредбите на член 16 от Директива 92/50, съответно на член 35, параграф 4 от Директива 2004/18. Останалите твърдения на Комисията във връзка с възлагането на обществена поръчка от страна на град Магдебург следва да се отхвърлят като недопустими или най-малкото като необосновани.

б) Процедурите за възлагане на обществени поръчки от град Бон (Северен Рейн-Вестфалия) и град Витен (Северен Рейн-Вестфалия), регион Ханновер (Долна Саксония) и окръг Хамелн-Пирмонт (Долна Саксония)

123. Във връзка със спорните процедури за възлагане на обществени поръчки от град Бон и град Витен, регион Ханновер и окръг Хамелн-Пирмонт Комисията изтъква следното.

124. През 2004 г. в качеството си на възлагащ орган град Бон е възложил поръчка за извършване на услуги за спешна помощ за периода от 1 януари 2005 г. до 31 декември 2008 г., без да отправи покана на европейско равнище за представяне на оферти. Предмет на поръчката, наред с другото, е било и стопанисването на четири дежурни центъра за спешна помощ. Стойността на поръчката е била най-малко 5,28 млн. евро.

125. Поне от 2005 г. насам в качеството си на възлагащ орган град Витен е възлагал поръчки за услуги за спешна помощ на стойност 945 753 EUR годишно, без да отправи покана на европейско равнище за представяне на оферти. Предмет на поръчките е било стопанисването на един дежурен център за спешна помощ.

126. През 2004 г. в качеството си на възлагащ орган регион Хановер е отправил покана за представяне на оферти във връзка с предоставянето на услуги за спешна помощ на негова територия, като оферти са могли да изпратят само дотогавашните изпълнители — Arbeiter-Samariter-Bund (наричан по-нататък „ASB“), das Deutsche Rote Kreuz (наричан по-нататък „DRK“), die Johanniter-Unfallhilfe (наричано по-нататък „JUH“) и RKT GmbH. Възложената поръчка е за периода от 1 януари 2005 г. до 31 декември 2009 г. и е била на обща стойност около 65 млн. евро.

127. През 1993 г. окръг Хамелн-Пирмонт е възложил на окръжното подразделение на DRK да предоставя услуги за спешна помощ на негова територия. Договорът с първоначален срок от десет години не бил прекратен, а през 2003 г. бил удължен с още десет години, без да е отправена покана за представяне на оферти. В допълнение, през 1999 г. в община Емертал е бил създаден нов дежурен център за спешна помощ, чието стопанисване отново е било възложено на DRK, без преди това да е отправена покана за представяне на оферти. Общата стойност на тези процедури за възлагане на обществени поръчки била 7,2 млн. евро годишно.

128. Федерална република Германия не оспорва така представените обстоятелства.

129. Комисията твърди, че във всички тези случаи били нарушени разпоредбите относно задължението за изпращане на обявление за възложените обществени поръчки (член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18). Посочените нарушения не са оспорени.

130. Аз обаче не считам за доказано твърдението на Комисията, че във всички тези случаи също е налице нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги. Посоченото правно основание е неотносимо поради същите възражения от гледна точка на правната теория и на правото в областта на доказването, които вече представих при анализа на възлагането на обществената поръчка от страна на град Магдебург[59].

в) Възлагане на обществена поръчка от окръг Юлцен (Долна Саксония)

131. Относно възлагането на обществената поръчка от окръг Юлцен Комисията изтъква, че въз основа на договор от

59 — Вж. точка 91 и сл. от настоящото заключение.

10 юли 1984 г. DRK извършвал услуги за спешна помощ на територията на окръг Юлцен с изключение на регион Бевенсен-Биненбютел. През 2004 г. договорът претърпял съществени изменения, които следвало да се оценяват като възлагане на нова обществена поръчка. При възлагането на тази нова поръчка не бил спазен член 16 от Директива 92/50. Освен това възлагането на новата поръчка представлявало нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

132. Федерална република Германия твърди, че направеното през 2004 г. изменение на договора се дължало на обстоятелството, че през 1984 г. окръг Юлцен е възложил на сдружението на общини Бевенсен да извършва услуги за спешна помощ в регион Бевенсен-Биненбютел. През 2002 г. DRK поел от сдружението на общини Бевенсен извършването на цялата дейност по спешна помощ. Това обяснявало договорените през 2004 г. изменения на договора между окръг Юлцен и DRK, които не били толкова съществени, че да представляват поръчка, релевантна за целите на правото в областта на обществените поръчки. Ето защо следвало да се приеме, че след като спорната поръчка е възложена през 1984 г., т.е. преди да изтече срокът за транспониране на Директива 92/50, не може да се твърди, че посочената директива не е спазена.

133. В своето Решение от 19 юни 2008 г. по дело Pressetext Nachrichtenagentur Съдът е отговорил на въпроса при какви условия изменения на съществуващ договор следва да се приемат за самостоятелно възлагане на поръчка по смисъла на директивите в областта на обществените поръчки[60]. Той по-специално изтъква, че измененията в клаузите на обществена поръчка, направени през периода на действие на последната, представляват ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50, когато имат характеристики, съществено различни от тези на първоначалната обществена поръчка, и следователно могат да изразяват волята на страните да договорят отново съществените условия на тази обществена поръчка[61]. Изменението може в частност да бъде прието за съществено, когато значително разширява обхвата на обществената поръчка до услуги, които първоначално не са предвидени[62].

134. От представените от германското правителство документи и от неговите изявления става ясно, че през 2004 г. обхватът на обществената поръчка е бил разширен с предоставянето на услуги за спешна помощ на територията на дежурен център за спешна помощ Бевенсен, която е около една четвърт от общата територия на окръга. Федерална република Германия признава също, че стойността на поръчката за целия окръг Юлцен възлиза на около 4 450 000 EUR годишно и че стойността на услугите за спешна помощ, които следва да се предоставят на територията

60 — Решение от 19 юни 2008 г. по дело Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Сборник, стр. I-4401, точка 28 и сл.).

61 — Пак там, точка 34.

62 — Пак там, точка 36.

на действие на дежурен център за спешна помощ Бевенсен, е поне 670 000 EUR годишно[63].

135. Следователно измененията на договора, които са договорени през 2004 г. между окръг Юлцен и DRK, водят до разширяване на обхвата на поръчката за изпълнение на услуги за спешна помощ върху допълнителна част от окръга, като по този начин общата територия на действие нараства с около 25 %, а общата стойност на поръчката се увеличава с най-малко 15 %. Така договорените през 2004 г. изменения на поръчката следва да се квалифицират като съществени, поради което тази процедура трябва да се приеме за ново възлагане на обществени поръчки за спешна помощ в целия окръг, което е предмет на разпоредбите на Директива 92/50. Неподкрепените с документи данни на Федерална република Германия относно поемането на дейността по спешна помощ от друг доставчик на услуги не променят с нищо тази преценка.

136. Във връзка с това е безспорно, че при новото възлагане през 2004 г. не е спазен член 16 от Директива 92/50. Следователно нарушението на посочената разпоредба от страна на Федерална република Германия може да се счита за доказано в настоящото производство.

137. От друга страна, аз обаче не считам за доказано твърдението на Комисията, че е налице нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги. Посоченото правно основание е неотносимо поради същите възражения от гледна точка на правната теория и на правото в областта на доказването, които вече представих при анализа на възлагането на обществената поръчка от страна на град Магдебург[64].

г) Процедурите за възлагане на обществени поръчки от сдруженията на Западна Саксония (Саксония), Кемниц/Щолберг (Саксония) и Фогтланд (Саксония) за спешна помощ

138. Относно спорните случаи на възлагане на обществени поръчки от страна на сдруженията за спешна помощ на Западна Саксония, Кемниц/Щолберг и Фогтланд Комисията изтъква следното.

139. В качеството си на възлагащ орган сдружението на Западна Саксония за спешна помощ е сключило с ASB, DRK, JUH и със службата за професионална противопожарна охрана на Цвикау договори за предоставяне на услуги за спешна помощ, всеки от които със срок на действие съответно четири години и обща стойност на

63 — Писмена защита, представена от Федерална република Германия на 4 септември 2008 г., точка 22.

64 — Вж. точка 91 и сл. от настоящото заключение.

поръчката 7,9 млн. евро годишно. През 2003 г. посочените договори били удължени с четири години, без да е отправена покана за представяне на оферти. При изтичането им договорите били удължени до 31 декември 2008 г.

140. В качеството си на възлагащ орган сдружението на Кемниц/Щолберг за спешна помощ е сключило с ASB, DRK, JUH и със службата за професионална противопожарна охрана на Кемниц договори за предоставяне на услуги за спешна помощ, всеки от които със срок на действие съответно четири години и обща стойност на поръчката 3,3 млн. евро годишно. През 2002 г. посочените договори били удължени с четири години, без да е отправена покана за представяне на оферти. При изтичането им договорите били удължени до 31 декември 2008 г.

141. В качеството си на възлагащ орган сдружението на Фогтланд за спешна помощ през 2002 г., съответно през 2004 г., е сключило с ASB, DRK, JUH, с частното дружество за спешна помощ Plauen и със службата за професионална противопожарна охрана на Плауен договори за предоставяне на услуги за спешна помощ, всеки от които със срок на действие съответно четири години и обща стойност на поръчката 3,9 млн. евро годишно, без да е отправена покана за представяне на оферти. Посочените договори били със срок на изпълнение четири години и при изтичането им били удължени до 31 декември 2008 г., без да е отправена покана за представяне на оферти.

142. Комисията твърди, че във всички посочени случаи били нарушени разпоредбите относно задължението за изпращане на обявление за възложените обществени поръчки (член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18). Посочените нарушения били налице.

143. Тази констатация не се опровергава от доводите на Федерална република Германия, че след влизането в сила на 1 януари 2005 г. на Закона на провинция Саксония за противопожарната защита, спешната помощ и гражданската защита (Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz) възлагането на обществена поръчка в областта на услугите за спешна помощ следва да бъде предхождано от процедура за подбор. Федерална република Германия в частност не оспорва констатацията на Комисията, че възлагането на поръчките във всички спорни случаи е удължено до 31 декември 2008 г. съгласно старата правна уредба.

144. Според постоянната съдебна практика наличието на неизпълнение на задължения от държава членка трябва да се преценява с оглед на положението към момента на изтичането на срока, даден в мотивираното становище[65]. Следователно в настоящия случай релевантно е положението към 16 февруари 2007 г. Към този момент твърдяното неизпълнение на

65 — Решение от 6 октомври 2009 г. по дело Комисия/Испания (C-562/07, Сборник, стр. I-9553, точка 23), Решение от 19 май 2009 г. по дело Комисия/Италия . г. (C-531/06, Сборник, стр. I-4103, точка 98) и Решение от 19 юни 2008 г. по дело Комисия/Люксембург (C-319/06, Сборник, стр. I-4323, точка 72).

директивите в областта на обществените поръчки е било налице.

145. Аз обаче не считам за доказано твърдението на Комисията, че във всички тези случаи също е налице нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги. Посоченото правно основание е неотносимо поради същите възражения от гледна точка на правната теория и на правото в областта на доказването, които вече представих при анализа на възлагането на обществената поръчка от страна на град Магдебург[66].

д) Извод

146. С оглед на горепосочените разсъждения правя извод, че в спорните случаи на възлагане на обществени поръчки от страна на град Магдебург, град Бон и град Витен, регион Хановер, окръг Юлцен и окръг Хамелн-Пирмонт, както и от сдруженията на Западна Саксония, Кемниц/Щолберг и Фогтланд за спешна помощ, Федерална република Германия е нарушила член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18. От друга страна, Комисията не е доказала, че е налице нарушение на забраната за дискриминация и на задължението за прозрачност, които произтичат от свободата на установяване и от свободното предоставяне на услуги.

7. Неправомерна практика във Федерална република Германия за възлагане на обществените поръчки

147. В настоящото производство Комисията твърди, че оспорваните от нея процедури по възлагане на обществени поръчка показвали наличието на утвърдена и обща практика за възлагане на обществени поръчки. С оглед на това тя иска да се установи, че вследствие на неправомерна практика за възлагане на обществените поръчки Федерална република Германия нарушила разпоредбите на общностното право.

148. Когато е доказано, че в държава членка съществува практика, която противоречи на правото в областта на обществените поръчки, посочената практика като такава може да се оспори в производството по член 226 ЕО[67]. За тази цел на първо време Комисията следва подробно

66 — Вж. точка 91 и сл. от настоящото заключение.

67 — Във връзка с това просто се препраща към постоянната съдебна практика, според която неизпълнение на задължения от държава членка по силата на общностното право може да произтече и от административна практика, дори ако приложимата национална разпоредба е съвместима с общностното право. Вж. Решение от 10 септември 2009 г. по дело Германия/Гърция (C-416/07, Сборник, стр. I-7883, точка 24, с допълнителни препратки).

да изложи наличието на повтарящи се нарушения, които показват съществуването на подобна практика. След това съответната държава членка следва конкретно да отхвърли нарушенията, в които е упрекната. Като втора фаза трябва да се провери дали доказаните нарушения могат да бъдат приети за достатъчно подробно и документирано онагледяване на наличието на твърдяната практика[68].

149. В настоящия случай Комисията е доказала, че при процедури за възлагане на обществени поръчки във връзка с услуги за спешна помощ град Магдебург (Саксония-Анхалт), град Бон (Северен Рейн-Вестфалия) и град Витен (Северен Рейн-Вестфалия), регион Хановер (Долна Саксония), окръг Юлцен (Долна Саксония) и окръг Пирмонт-Хамелн (Долна Саксония), както и сдруженията на Западна Саксония (Саксония), Кемниц/Щолберг (Саксония) и Фогтланд (Саксония) за спешна помощ, са нарушили задължението за изпращане на обявление за възложените обществени поръчки съгласно член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18.

150. Освен това Комисията твърди, че според проучванията ѝ за периода 2001—2006 г. във Федерална република Германия като цяло е публикувана информация за възлагането само на две обществени поръчки. Федерална република Германия не оспорва това обстоятелство.

151. Следователно с оглед на горепосоченото се установява, че в провинции Саксония-Анхалт, Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония и Саксония съществува утвърдена обща практика за възлагане на обществени поръчки за услуги за спешна помощ, при която не се спазва задължението за изпращане на обявление за възложените обществени поръчки съгласно член 16 от Директива 92/50, съответно член 35, параграф 4 от Директива 2004/18.

152. Констатацията на подобна практика в посочените провинции, която противоречи на правото в областта на обществените поръчки, не може да бъде опровергана и с представения от Федерална република Германия довод, че в светлината на две определения на Bundesgerichtshof от 1 декември 2008 г.[69] провинциите следва да преразгледат процедурите по възлагане на услуги за спешна помощ до момента и да ги реорганизират в съответствие с правото в областта на обществените поръчки.

153. Както вече поясних, според постоянната съдебна практика наличието на неизпълнение на задължения от държава членка трябва да се преценява с оглед на положението към момента на изтичането на срока, даден в мотивираното становище[70]. Следователно в настоящия случай релевантно е положението към 16 февруари 2007 г. Към този момент твърдяното

68 — Вж. Решение от 19 март 2009 г. по дело Комисия/Гърция (C-489/06, Сборник, стр. I-1797, точка 40 и сл.).

69 — Определение на Bundesgerichtshof от 1 декември 2008 г., X ZB 31/08. Вж. във връзка с това точка 28 от настоящото заключение.

70 — Вж. точка 144 от настоящото заключение.

неизпълнение на директивите в областта на обществените поръчки е било налице.

154. По същата причина доводите на Федерална република Германия за промяната на правното положение в провинция Саксония, в която моделът на пряко възнаграждение бил отменен от 1 януари 2009 г., не са релевантни в настоящия случай.

155. Спорно е обаче дали Комисията възразява само срещу практиката за възлагане на обществени поръчки в провинции Саксония-Анхалт, Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония и Саксония или твърди, че посочената практика в тези четири провинции представлява пример за утвърдена обща практика за възлагане на обществени поръчки във всички провинции.

156. Становището на Комисията в това отношение е противоречиво, доколкото в исковата си молба Комисията изрично посочва, че настоящият иск се ограничава до практиката за възлагане на обществени поръчки в Саксония-Анхалт, Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония и Саксония, въпреки че оспорваната практика за възлагане се срещала и в други германски провинции[71]. В писмената си реплика обаче Комисията иска да се установи неправомерността на тази практика от гледна точка на правото в областта на обществените поръчки за цялата територия на Федерална република Германия[72].

157. Във връзка с това следва да се напомни, че новите искания, направени в хода на производството, поначало са недопустими[73]. Ето защо в настоящия случай трябва да се изходи от съдържащото се в исковата молба географско ограничение, с което Комисията оспорва единствено въпросната практика за възлагане на обществени поръчки в провинции Саксония-Анхалт, Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония и Саксония.

158. Така с оглед на горните разсъждения правя извод, че като е възлагала обществени поръчки с определен паричен интерес за предоставяне на услуги за спешна помощ в провинции Саксония-Анхалт, Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония и Саксония, до 31 януари 2006 г. Федерална

71 — Вж. точка 10 от исковата молба на Комисията от 15 април 2008 г. В точка 5 от посочената искова молба Комисията вече е изтъкнала, че искът ѝ се ограничавал само до практиката при възлагането на обществени поръчки за услуги за спешен медицински транспорт по модела на пряко възнаграждение, който се прилагал в повечето германски федерални провинции.

72 — Вж. точка 17 и сл. от отговора на Комисията, представен на 21 ноември 2008 г.

73 — Вж. член 42, параграф 2 от Процедурния правилник на Съда.

република Германия не е изпълнила задълженията си по член 10 във връзка с член 16 от Директива 92/50, а след 1 февруари 2006 г. — по член 22 във връзка с член 35, параграф 4 от Директива 2004/18.

VIII — По съдебните разноски

159. Съгласно член 69, параграф 2 от Процедурния правилник на Съда загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Съгласно член 69, параграф 3, първа алинея от Процедурния правилник на Съда обаче Съдът може да разпредели разноските или да реши всяка страна да понесе направените от нея разноски, ако всяка от страните е загубила по едно или няколко от предявените основания или поради изключителни обстоятелства.

160. В настоящото дело исканията на Комисията са само частично уважени. Ето защо предлагам на Съда да осъди Комисията и Федерална република Германия да понесат направените от тях съдебни разноски.

IX — Заключение

161. По изложените съображения предлагам на Съда да постанови:

1) Като е възлагала обществени поръчки с определен паричен интерес за предоставяне на услуги за спешна помощ в провинции Саксония-Анхалт, Северен Рейн-Вестфалия, Долна Саксония и Саксония, до 31 януари 2006 г. Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по член 10 във връзка с член 16 от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги, а след 1 февруари 2006 г. — по член 22 във връзка с член 35, параграф 4 от 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги.