Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 27 października 2016 r.*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Usługi publiczne w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego — Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 — Artykuł 4 ust. 7 — Podwykonawstwo — Wymóg samodzielnego świadczenia znaczącej części publicznych usług transportu pasażerskiego przez podmiot świadczący usługi publiczne — Zakres — Artykuł 5 ust. 1 — Postępowanie w sprawie udzielania zamówienia — Udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE

W sprawie C-292/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Vergabekammer Südbayern (izbę ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, Niemcy) postanowieniem z dnia 5 czerwca 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 10 czerwca 2015 r., w postępowaniu:

Hörmann Reisen GmbH

przeciwko

Stadt Augsburg,

Landkreis Augsburg,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie T. von Danwitz, prezes izby, E. Juhász (sprawozdawca), C. Vajda, K. Jürimäe i C. Lycourgos, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: A. Calot Escobar,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Hörmann Reisen GmbH przez S. Rolinga i T. Martina, Rechtsanwälte,

— w imieniu Stadt Augsburg i Landkreis Augsburg przez R. Wiemanna, Rechtsanwalt,

— w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Brauna, A. Tokára i J. Hottiaux, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 28 czerwca 2016 r.,

* Język postępowania: niemiecki.

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 4 ust. 7 i art. 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. 2007, L 315, s. 1).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką Hörmann Reisen GmbH a Stadt Augsburg (miastem Augsburg, Niemcy) i Landkreis Augsburg (powiatem Augsburg) (zwanymi dalej łącznie „instytucjami zamawiającymi") w przedmiocie prawidłowości przetargu na usługi publiczne przewozu osób omnibusami.

Ramy prawne

3 Motyw 4 rozporządzenia nr 1370/2007 stanowi:

„Do głównych celów określonych w Białej księdze Komisji [Europejskiej] z dnia 12 września 2001 r. zatytułowanej »Europejska polityka transportowa do roku 2010: czas na decyzje« należy zapewnienie bezpiecznych, sprawnych i charakteryzujących się wysoką jakością usług transportu pasażerskiego poprzez uregulowanie kwestii konkurencji […]".

4 Motyw 7 tego rozporządzenia brzmi:

„Przeprowadzone badania i doświadczenia państw członkowskich, w których od lat panuje konkurencja na rynku transportu publicznego, pokazują, że przy właściwych zabezpieczeniach wprowadzenie regulowanej konkurencji pomiędzy podmiotami świadczącymi usługi pozwala na zwiększenie atrakcyjności i innowacyjności usług oraz na obniżenie ich cen, co nie musi utrudniać podmiotom świadczącym usługi publiczne realizowania szczególnych zadań, które zostały im powierzone […]".

5 Motyw 9 rozporządzenia ma następujące brzmienie:

„Aby możliwe było zorganizowanie usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w sposób jak najbardziej odpowiadający potrzebom społeczeństwa, wszystkie właściwe organy muszą mieć możliwość wyboru podmiotów świadczących usługi publiczne – biorąc pod uwagę interesy małych i średnich przedsiębiorstw – na warunkach określonych w niniejszym rozporządzeniu. Aby zapewnić stosowanie zasad przejrzystości, równego traktowania konkurencyjnych podmiotów świadczących usługi i proporcjonalności przy przyznawaniu rekompensat lub wyłącznych praw, konieczne jest, by umowa o świadczenie usług publicznych zawierana pomiędzy właściwymi organami a wybranym podmiotem świadczącym usługi publiczne określała charakter zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych i uzgodnioną rekompensatę […]".

6 Motyw 19 tego rozporządzenia stanowi:

„Zlecanie świadczenia usług podwykonawcom może przyczynić się do zwiększenia efektywności publicznego transportu pasażerskiego i umożliwia uczestnictwo w procesie świadczenia usług przedsiębiorstw innych niż podmiot świadczący usługi publiczne, któremu zostało udzielone zamówienie prowadzące do zawarcia umowy o świadczenie usług publicznych. Jednak w celu zapewnienia jak najlepszego wykorzystania funduszy publicznych właściwe organy powinny mieć możliwość określenia warunków podwykonawstwa w zakresie publicznych usług transportu pasażerskiego, w szczególności w przypadku usług świadczonych przez podmiot wewnętrzny. Ponadto

podwykonawca nie powinien być pozbawiony możliwości udziału w przetargach na terytorium objętym zakresem działania któregokolwiek z właściwych organów. Wybór podwykonawcy dokonywany przez właściwy organ lub jego podmiot wewnętrzny musi następować zgodnie z prawem [Unii]".

7 Artykuł 1 rozporządzenia nr 1370/2007, zatytułowany „Cel i zakres stosowania", stanowi w szczególności:

„1. Celem niniejszego rozporządzenia jest określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa [Unii], właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które miałyby m.in. bardziej masowy charakter, byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością lub niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych.

W tym celu niniejsze rozporządzenie określa warunki, na podstawie których właściwe organy, nakładając zobowiązania do świadczenia usług publicznych lub zawierając umowy dotyczące wykonywania tych zobowiązań, rekompensują podmiotom świadczącym usługi publiczne poniesione koszty lub przyznają wyłączne prawa w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia wspomnianych usług.

2. Niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie do usług publicznych świadczonych w kraju lub na skalę międzynarodową w sektorze transportu pasażerskiego koleją oraz innymi środkami transportu szynowego i drogowego, z wyjątkiem usług świadczonych przede wszystkim ze względu na ich znaczenie historyczne lub atrakcyjność turystyczną […].

[…]".

8 Artykuł 2 tego rozporządzenia ma następujące brzmienie:

„Na użytek niniejszego rozporządzenia:

a) »pasażerski transport publiczny« oznacza usługi transportu pasażerskiego o ogólnym znaczeniu gospodarczym świadczone publicznie w sposób niedyskryminacyjny i ciągły;

b) »właściwy organ« oznacza organ publiczny lub grupę organów publicznych państwa członkowskiego lub państw członkowskich uprawnione do ingerowania w publiczny transport pasażerski na danym obszarze geograficznym, lub instytucję posiadającą takie uprawnienia;

[…]

i) »umowa o świadczenie usług publicznych« oznacza jeden lub kilka aktów wiążących prawnie, potwierdzających porozumienie zawarte pomiędzy właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi publiczne, w sprawie powierzenia temu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne zarządzania usługami pasażerskiego transportu publicznego podlegającymi zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych oraz świadczenie tych usług […];

[…]".

9 Artykuł 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 stanowi:

„W przypadku gdy właściwy organ podejmuje decyzję o przyznaniu wybranemu podmiotowi wyłącznego prawa lub rekompensaty, niezależnie od ich charakteru, w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, następuje to w ramach umowy o świadczenie usług publicznych".

10 Artykuł 4 tego rozporządzenia, zatytułowany „Obowiązkowa treść umów o świadczenie usług publicznych oraz zasad ogólnych”, stanowi w szczególności:

„1. Umowy o świadczenie usług publicznych […]:

[…]

b) określają z góry, w sposób obiektywny i przejrzysty,
(i) parametry, według których obliczane są ewentualne rekompensaty; oraz
(ii) rodzaj i zakres wszelkich ewentualnie przyznanych praw wyłącznych,

w sposób zapobiegający nadmiernemu poziomowi rekompensaty […].

[…]

7. Dokumenty przetargowe i umowy o świadczenie usług publicznych jasno określają, czy i w jakim zakresie dopuszczalne jest podwykonawstwo. W razie zlecania świadczenia usług podwykonawcom operator zawierający umowę, któremu udzielono zamówienia na zarządzanie i świadczenie publicznych usług w zakresie transportu pasażerskiego na podstawie niniejszego rozporządzenia, jest zobowiązany do samodzielnego wykonywania znaczącej części publicznych usług transportu pasażerskiego. Umowa o świadczenie usług publicznych obejmująca równocześnie projekt, budowę i zarządzanie usługami publicznymi w zakresie transportu publicznego może dopuszczać pełne podwykonawstwo przy świadczeniu tych usług. Umowa o świadczenie usług publicznych, zgodnie z prawem krajowym i [prawem Unii], określa warunki mające zastosowanie do podwykonawstwa”.

11 Artykuł 5 omawianego rozporządzenia, zatytułowany „Udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych”, brzmi następująco:

„1. Zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są udzielane zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozporządzeniu. Jednakże zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych określone w dyrektywach 2004/17/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1)] lub 2004/18/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114)] w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego, są udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi w tych dyrektywach, o ile takie zamówienia nie są udzielane w formie koncesji na usługi zgodnie z definicją zawartą w tych dyrektywach. W przypadku gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami [2004/17] lub [2004/18], przepisy ust. 2–6 niniejszego artykułu nie mają zastosowania.

[…]”.

12 Artykuł 5 ust. 2–6 rozporządzenia nr 1370/2007 zawiera przepisy dotyczące udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, które stanowią odstępstwo od prawa zamówień publicznych Unii. W szczególności art. 5 ust. 4 akapit pierwszy tego rozporządzenia stanowi, że „[o] ile nie zabrania tego prawo krajowe, właściwe organy mogą podjąć decyzję o bezpośrednim udzieleniu zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych, których średnia wartość roczna szacowana jest na mniej niż 1 000 000 EUR lub które dotyczą świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 300 000 kilometrów rocznie”.

13 Artykuł 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 stanowi, że do celów jej stosowania „»koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do korzystania z [prowadzenia świadczenia] usług, albo takie prawo wraz z płatnością”.

14 Artykuł 1 dyrektywy 2004/18, zmienionej rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1336/2013 z dnia 13 grudnia 2013 r. (Dz.U. 2013, L 335, s. 17) (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18 ze zmianami”), stanowi:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy zastosowanie mają definicje określone w ust. 2–15 poniżej.

2.

a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.[…]

d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

Zamówienia publiczne obejmujące zarówno produkty jak i usługi wskazane w załączniku II, uznaje się za »zamówienia publiczne na usługi«, jeżeli wartość tych usług przekracza wartość produktów objętych zamówieniem.

Zamówienie publiczne, którego przedmiotem są usługi w rozumieniu załącznika II, i obejmuje działalności wskazane w załączniku I, które mają jedynie dodatkowy charakter w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia, uznaje się za »zamówienie publiczne na usługi«.

[…]

4. »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z [prowadzania świadczenia] takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

[…]”.

15 Artykuł 7 dyrektywy 2004/18 ze zmianami, zatytułowany „Kwoty progowe dla zamówień publicznych”, określa kwoty progowe bez podatku od wartości dodanej (VAT), powyżej których zamówienie publiczne powinno być udzielone zgodnie z zasadami tej dyrektywy.

16 Kwoty te są zmieniane w regularnych odstępach czasu rozporządzeniami Komisji Europejskiej i dostosowywane do okoliczności gospodarczych. W chwili opublikowania ogłoszenia o rozpatrywanym w postępowaniu głównym zamówieniu próg dla zamówień na usługi udzielanych przez instytucje zamawiające niebędące centralnymi organami rządowymi wynosił 207 000 EUR bez VAT, zgodnie z art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18 ze zmianami.

17 Artykuł 20 tej dyrektywy stanowi:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II [część] A, udziela się zgodnie z przepisami art. 23–55”.

18 Artykuł 25 tej dyrektywy, zatytułowany „Podwykonawstwo”, stanowi:

„W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.

Wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy”.

19 Pośród kategorii usług wymienionych w części A załącznika II do tej dyrektywy znajduje się kategoria 2, odnosząca się do następujących usług:

„Usługi transportu lądowego, w tym usługi samochodów opancerzonych oraz usługi kurierskie z wyjątkiem transportu poczty”.

20 Artykuł 90 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), stanowi:

„Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r.”.

21 Zgodnie z art. 91 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24:

„Dyrektywę [2004/18 ze zmianami] uchyla się ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r.”.

Okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne

22 W dniu 7 marca 2015 r. instytucje zamawiające opublikowały w dodatku do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* pod nr 2015/S 047-081632 ogłoszenie o zamówieniu na usługi publiczne w zakresie przewozu osób omnibusami na niektórych liniach regionalnych. Zgodnie z tym ogłoszeniem o zamówieniu oferenci mogli zlecić podwykonawcom do 30% świadczenia usług, obliczonego w kilometrach według rozkładu jazdy.

23 Hörmann Reisen skierował sprawę do Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, Niemcy), kwestionując zgodność z prawem takiego ograniczenia podwykonawstwa. Podnosi on, że ograniczenie to jest niezgodne z dyrektywą 2004/18 ze zmianami, i dodaje, że wprawdzie art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 faktycznie wprowadza ograniczenie możliwości korzystania z podwykonawstwa, to jednak rozporządzenie to nie ma zastosowania w postępowaniu głównym, zgodnie z jego art. 5 ust. 1.

24 Instytucje zamawiające przypominają, że art. 5 ust. 1 zdanie trzecie rozporządzenia nr 1370/2007 stanowi, iż „[w] przypadku gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami [2004/17] lub [2004/18], przepisy ust. 2–6 [tego] artykułu nie mają zastosowania”. Instytucje zamawiające wnioskują na tej podstawie, że inne przepisy tego rozporządzenia, czyli w szczególności art. 4 ust. 7, mają nadal zastosowanie do tego rodzaju zamówień. Wreszcie, zdaniem instytucji zamawiających, ograniczenie korzystania z podwykonawstwa do 30% świadczenia, wprowadzone w rozpatrywanym w postępowaniu głównym ogłoszeniu o zamówieniu, spełnia określony w tym ostatnim przepisie wymóg, zgodnie z którym podmiot świadczący usługi „jest zobowiązany do samodzielnego wykonywania znaczącej części publicznych usług transportu pasażerskiego”.

25 Sąd odsyłający wskazuje, że spór w postępowaniu głównym dotyczy przede wszystkim tego, czy instytucjom zamawiającym wolno jest ograniczać korzystanie z podwykonawstwa do 30% danego świadczenia, obliczanych w kilometrach według rozkładu jazdy, w drodze zastosowania art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie art. 5 ust. 1 tego rozporządzenia w związku z dyrektywą 2004/18 ze zmianami lub dyrektywą 2014/24.

26 W odniesieniu do rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego na usługi sąd odsyłający wyjaśnia, że wartość tego zamówienia przekracza próg określony w art. 7 lit. b) tiret pierwsze dyrektywy 2004/18 ze zmianami, czyli 207 000 EUR bez VAT-u.

27 W tych okolicznościach Vergabekammer Südbayern (izba ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy w procedurze przetargowej na podstawie art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 w związku z dyrektywą 2004/18 [ze zmianami] lub dyrektywą 2014/24 zastosowanie znajdują zasadniczo tylko przepisy tych dyrektyw, z tym skutkiem, że przepisy rozporządzenia nr 1370/2007 stanowiące odstępstwo od powyższych dyrektyw muszą pozostać niezastosowane?

2) Czy w związku z tym dopuszczalność zlecania świadczeń podwykonawcom w procedurze przetargowej na podstawie art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 w związku z dyrektywą 2004/18 [ze zmianami] lub dyrektywą 2014/24 należy oceniać wyłącznie na podstawie zasad określonych przez Trybunał w odniesieniu do dyrektywy 2004/18 [ze zmianami] lub dyrektywy 2014/24 oraz na podstawie przepisu art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24, czy też instytucja zamawiająca w drodze odstępstwa także w wypadku takiej procedury przetargowej na podstawie art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 może ustanowić dla oferentów procentowy udział samodzielnego świadczenia (obliczony w kilometrach według rozkładu jazdy)?

3) Czy na wypadek, gdyby art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 miał zastosowanie do procedury przetargowej na podstawie art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 w związku z dyrektywą 2004/18 [ze zmianami] lub dyrektywą 2014/24, instytucja zamawiająca w świetle motywu 19 rozporządzenia nr 1370/2007 ma swobodę określania udziału samodzielnego świadczenia, tak że wymóg udziału samodzielnego świadczenia w wysokości 70% obliczony w kilometrach według rozkładu jazdy przez zamawiającego może być uzasadniony?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

28 Po pierwsze, należy wskazać, że Trybunał już uznał Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg (izbę ds. zamówień publicznych rządu powiatu Arnsberg, Niemcy) za sąd w rozumieniu art. 267 TFUE (wyrok z dnia 18 września 2014 r., Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 20–23).

29 Żadne z informacji zawartych w aktach sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wskazują zaś, by w niniejszej sprawie nie można było zastosować tej kwalifikacji do Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii).

30 Po drugie, należy zauważyć, że sąd odsyłający w pytaniach prejudycjalnych odnosi się – poza rozporządzeniem nr 1370/2007 i dyrektywą 2004/18 ze zmianami – do dyrektywy 2014/24.

31 W kwestii zastosowania dyrektywy 2014/24 należy wskazać, że rozpatrywane w postępowaniu głównym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 marca 2015 r., czyli zanim upłynął termin transpozycji właściwych przepisów dyrektywy 2014/24, wyznaczony na dzień 18 kwietnia 2016 r. na mocy art. 90 ust. 1 tej dyrektywy.

32 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83 i przytoczone tam orzecznictwo).

33 W tej sytuacji dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania ratione temporis w postępowaniu głównym.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych pierwszego i drugiego

34 W pytaniach pierwszym i drugim, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający poszukuje w istocie odpowiedzi na pytanie, czy art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi publiczne drogowego transportu pasażerskiego art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia wciąż znajduje zastosowanie do tego zamówienia.

35 Zgodnie ze wskazówkami zawartymi w postanowieniu odsyłającym rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie dotyczy usług publicznych drogowego transportu pasażerskiego w rozumieniu art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 oraz odnosi się do usług publicznych autobusowego transportu pasażerskiego, określonych w art. 5 ust. 1 tego rozporządzenia, a przy tym nie ma postaci umowy koncesji na usługi.

36 Zgodnie z art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 1370/2007 zamówienie takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym powinno co do zasady zostać udzielone zgodnie z zasadami określonymi w tym rozporządzeniu.

37 Gdy jednak zamówienie nie ma postaci umowy koncesji na usługi określonej w dyrektywach 2004/17 lub 2004/18 ze zmianami, zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego udziela się, zgodnie z art. 5 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia nr 1370/2007, zgodnie z procedurami określonymi w tych dyrektywach.

38 Ponadto art. 5 ust. 1 zdanie trzecie rozporządzenia nr 1370/2007 stanowi na okoliczność takiego udzielenia zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego, że „przepisy ust. 2–6 [tego] artykułu nie mają zastosowania”.

39 Należy więc stwierdzić, że art. 5 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia nr 1370/2007 zawiera odstępstwo od ogólnej zasady ustanowionej w art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze oraz że dokładny zakres tego odstępstwa określony jest w art. 5 ust. 1 zdanie trzecie, który stanowi, że art. 5 ust. 2–6 rozporządzenia nie ma tu zastosowania.

40 Żaden inny przepis przytoczonego art. 5 lub rozporządzenia nr 1370/2007 nie rozszerza bardziej zakresu tego odstępstwa.

41 Wynika z tego, że do celów udzielenia zamówienia na publiczne usługi autobusowego transportu pasażerskiego, takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie mają zastosowania tylko przepisy art. 5 ust. 2–6 rozporządzenia nr 1370/2007, natomiast pozostałe przepisy tego rozporządzenia wciąż znajdują zastosowanie.

42 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 znajduje zastosowanie w przypadku udzielenia zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego podlegające art. 5 ust. 1 tego rozporządzenia.

43 Wniosek ten znajduje potwierdzenie w celu rozporządzenia nr 1370/2007.

44 Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 1 ust. 1 akapit pierwszy tego rozporządzenia ma ono na celu „określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa [Unii], właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które miałyby m.in. bardziej masowy charakter, byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością lub niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych”.

45 To, że rozporządzenie nr 1370/2007 ze swej natury zmierza do określenia zasad oddziaływania na ogólne systemy zamówień publicznych, oznacza, że zawiera ono przepisy szczególne względem tych ostatnich.

46 W tym względzie należy zauważyć, że dyrektywa 2004/18 ze zmianami ma ogólne zastosowanie, natomiast rozporządzenie nr 1370/2007 dotyczy jedynie usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego.

47 Skoro zaś zarówno art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia, jak i art. 25 dyrektywy 2004/18 ze zmianami zawierają uregulowania dotyczące podwykonawstwa, należy uznać, że pierwszy z tych przepisów stanowi przepis szczególny względem drugiego i jako lex specialis ma przed nim pierwszeństwo.

48 W tych okolicznościach odpowiedź na pytania pierwsze i drugie powinna brzmieć tak, że art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia ma zastosowanie do tego zamówienia.

W przedmiocie pytania trzeciego

49 W pytaniu trzecim sąd odsyłający poszukuje w istocie odpowiedzi, czy art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustaliła na 70% udział samodzielnego świadczenia usługi przez podmiot odpowiedzialny za prowadzenie i realizację świadczenia usługi publicznej autobusowego transportu pasażerskiego, takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.

50 Zgodnie z art. 4 ust. 7 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 1370/2007 dokumenty przetargowe i umowy o świadczenie usług publicznych jasno określają, czy i – jeśli tak – w jakim zakresie dopuszczalne jest podwykonawstwo.

51 Wynika z tego, że w zakresie podwykonawstwa dotyczącego prowadzenia i realizacji świadczenia usługi publicznej transportu, podlegającej temu rozporządzeniu, prawodawca Unii nadał właściwym organom szeroki zakres uznania.

52 W tym względzie należy zauważyć, że skoro instytucja zamawiająca może zabronić wygrywającemu korzystania z podwykonawstwa przy publicznej usłudze autobusowego transportu pasażerskiego w przypadku przetargu prowadzonego na podstawie art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007, w zakres uznania, o którym mowa w poprzednim punkcie, wchodzi również możliwość zakazania podwykonawstwa jedynie w odniesieniu do części zamówienia.

53 Ponadto o ile w ramach prowadzenia i realizacji świadczenia usługi publicznej transportu autobusowego przewiduje się możliwość podwykonawstwa, o tyle art. 4 ust. 7 zdanie drugie rozporządzenia nr 1370/2007 nie zezwala na zlecenie całości świadczenia podwykonawcom, gdyż stanowi on, że sam podmiot, któremu powierzono świadczenie usługi, musi samodzielnie wykonać znaczną jej część. Jedynie w przypadku, gdy umowa o świadczenie usług publicznych obejmuje równocześnie projekt, budowę i zarządzanie usługami publicznymi w zakresie transportu pasażerskiego, może zostać dopuszczone, na podstawie art. 4 ust. 7 zdanie trzecie tego rozporządzenia, pełne podwykonawstwo przy świadczeniu tych usług.

54 Wynika z tego, że art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 nie stoi na przeszkodzie znaczącemu ograniczeniu przez instytucję zamawiającą możliwości korzystania z podwykonawstwa w ramach zamówienia takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym.

55 W niniejszym przypadku rozpatrywane w postępowaniu głównym ogłoszenie o zamówieniu stanowi dokument przetargowy, określający w przejrzysty sposób, jak jednoznacznie wynika z postanowienia odsyłającego, że możliwość podwykonawstwa ograniczona jest do 30% udziału w świadczeniu, liczonego w kilometrach według rozkładu jazdy.

56 W związku z powyższym należy stwierdzić, że takie ograniczenie nie wykracza poza zakres uznania przyznany właściwym organom w art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007.

57 Odpowiedź na pytanie trzecie powinna zatem brzmieć tak, iż art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustaliła na 70% udział samodzielnego świadczenia usługi przez podmiot odpowiedzialny za prowadzenie i realizację świadczenia usługi publicznej autobusowego transportu pasażerskiego, takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.

W przedmiocie kosztów

58 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

1) **Artykuł 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 należy interpretować w ten sposób, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia ma zastosowanie do tego zamówienia.**

2) **Artykuł 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustaliła na 70% udział samodzielnego świadczenia usługi przez podmiot odpowiedzialny za prowadzenie i realizację świadczenia usługi publicznej autobusowego transportu pasażerskiego, takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.**

Podpisy