

orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 10 marca 2011 r.(*)

Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Koncesja na świadczenie usług publicznych – Usługi z zakresu ratownictwa – Odróżnienie „zamówienia publicznego na usługi” od „koncesji na usługi”

W sprawie C-274/09

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht München (Niemcy) postanowieniem z dnia 2 lipca 2009 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 20 lipca 2009 r., w postępowaniu

Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler

przeciwko

Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,

przy udziale:

Malteser Hilfsdienst eV,

Bayerisches Rotes Kreuz,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, D. Šváby, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis i T. von Danwitz, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 24 czerwca 2010 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler przez B. Stolza oraz P. Krausa, Rechtsanwälte,
- w imieniu Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, przez M. Kuffera oraz D. Bensa, Rechtsanwälte,
- w imieniu Maltaser Hilfsdienst eV, przez W. Schmitza-Rode, Rechtsanwalt,

- w imieniu Bayerisches Rotes Kreuz, przez E. Rindtorffa, Rechtsanwalt,
- w imieniu rządu niemieckiego, przez M. Lumme oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu czeskiego, przez M. Smolka, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu szwedzkiego, przez S. Johannesson, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej, przez C. Zadrę oraz G. Wilmsa, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 9 września 2010 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz art. 4 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).
- 2 Wniosek ten został przedłożony w ramach sporu pomiędzy Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (zwanego dalej „przedsiębiorstwem Stadler”) a Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (gminny związek ratownictwa i ochrony przeciwpożarowej w Passau, zwany dalej „gminnym związkiem Passau”) w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na usługi w dziedzinie ratownictwa. Strony spierają się w szczególności w kwestii kwalifikacji umów jako „zamówień publicznych na usługi” lub „koncesji na usługi”.

Ramy prawne

Uregulowania Unii

- 3 Artykuł 1 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„[...]”

- 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.

[...]

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 takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

[...]”

Uregulowania krajowe

- 4 Bayerisches Rettungsdienstgesetz (ustawa bawarska dotycząca usług z zakresu ratownictwa, zwana dalej „ustawą bawarską”) weszła w życie z dniem 1 stycznia 2009 r. Następujące przepisy tej ustawy mają znaczenie w niniejszej sprawie.

„1 Przedmiot i cel

Niniejsza ustawa reguluje ratownictwo w nagłych wypadkach, transport pacjentów z udziałem lekarza, transport chorych, ratownictwo górskie i jaskiniowe, a także ratownictwo wodne (pogotowie ratunkowe). Powszechne udostępnienie usług pogotowia ratunkowego jest zadaniem publicznym i musi być zapewnione przez publiczne pogotowie ratunkowe [...]

[...]

Artykuł 4 Podmiot zobowiązany

(1) Landkreise (powiaty) i niezależne gminy mają za zadanie zapewnienie usług publicznego pogotowia ratunkowego zgodnie z przepisami niniejszej ustawy na obszarach działania pogotowia [...]

(2) Najwyższy organ pogotowia ratunkowego po wysłuchaniu zainteresowanych związków gminnych określa w drodze regulacji prawnej obszary działania pogotowia w taki sposób, aby usługi pogotowia ratunkowego mogły być świadczone skutecznie i gospodarnie.

(3) Landkreise i niezależne gminy znajdujące się w tym samym obszarze działania pogotowia wypełniają zadania ciężące na nich na mocy tej ustawy w powiązaniu z gminnym związkiem ds. pogotowia ratunkowego i alarmowania straży pożarnej.

[...]

Artykuł 13 Powierzenie ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza oraz transportu chorych

(1) Gminny związek ds. pogotowia ratunkowego i alarmowania straży pożarnej powierza świadczenie naziemnych usług ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza oraz transportu chorych

1. Bayerisches Rotes Kreuz (bawarskiemu czerwonemu krzyżowi)
2. Arbeiter-Samariter-Bund (samarytańskiej federacji pracowników)

3. Malteser Hilfsdienst (maltańskiej służbie medycznej)
4. Johanniter Unfall Hilfe (joannickiej służbie ratowniczej) ou
5. podobnej organizacji pomocowej.

[...]

(2) Jeśli organizacje pomocowe nie są skłonne albo nie są w stanie przejąć wykonania zadania, gminny związek ds. pogotowia ratunkowego i alarmowania straży pożarnej powierza świadczenie naziemnych usług pogotowia ratunkowego osobom trzecim, wykonuje je samodzielnie albo za pośrednictwem swoich członków.

(3) Gminny związek ds. pogotowia ratunkowego i alarmowania straży pożarnej decyduje o wyborze wykonawcy oraz o zakresie zamówienia zgodnie ze swoim uznaniem, po dokonaniu należytej oceny okoliczności. Decyzję w sprawie wyboru należy podjąć w sposób przejrzysty i zgodnie z obiektywnymi kryteriami. Gminny związek ds. pogotowia ratunkowego i alarmowania straży pożarnej jest zobowiązany podać do wiadomości zamiar podjęcia takiej decyzji we właściwy sposób, aby zainteresowani usługodawcy mogli się zgłosić.

(4) Stosunek prawny pomiędzy gminnym związkiem ds. pogotowia ratunkowego i alarmowania straży pożarnej i podmiotem, któremu powierzono świadczenie usług pogotowia ratunkowego, uregulowany jest w umowie publicznoprawnej.

[...]

Artykuł 21 Obowiązek uzyskania zezwolenia

(1) Każda osoba prowadząca na własny rachunek działalność w zakresie ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza albo transportu chorych ma obowiązek uzyskać zezwolenie.

[...]

Artykuł 24 Wymogi konieczne dla uzyskania zezwolenia

[...]

(2) Należy wydać zezwolenie na ratownictwo w nagłych wypadkach, transport pacjentów z udziałem lekarza albo transport chorych w ramach publicznego pogotowia ratunkowego, jeśli [...] przedstawiona zostanie publicznoprawna umowa zgodnie z art. 13 ust. 4 [...]

[...]

(4) Należy odmówić wydania zezwolenia na transport chorych poza ramami publicznego pogotowia ratunkowego, jeśli można się spodziewać, że korzystanie z tego zezwolenia może naruszyć interes publiczny w dobrze funkcjonującym pogotowiu ratunkowym [...].

[...]

Artykuł 32 Pobieranie i podstawa opłat za korzystanie z usług

Za usługi pogotowia ratunkowego włącznie z udziałem lekarzy pobierane są opłaty za korzystanie. Opłaty za korzystanie z usług winny być oparte na kosztach szacowanych zgodnie z zasadami gospodarki, które odpowiadają prawidłowemu świadczeniu usług, gospodarnemu i oszczędnemu prowadzeniu działalności, a także efektywnej organizacji [...]

[...]

Artykuł 34 Opłaty za korzystanie z ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza albo transportu chorych przysługujące wykonawcom

[...]

(2) Instytucje zabezpieczenia społecznego uzgadniają wypłacane przez nie opłaty za korzystanie z usług ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza albo transportu chorych w sposób jednolity z wykonawcami usług pogotowia ratunkowego albo z ich regionalnymi związkami [...]

(3) Porozumienie w sprawie opłat za korzystanie z usług jest zawierane corocznie z góry.

(4) Koszty ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza albo transportu chorych zostają rozłożone na korzystających z tych usług na podstawie jednolitych kryteriów. Opłatami za korzystanie z usług ustalonymi z instytucjami zabezpieczenia społecznego wykonawcy obciążają także wszystkie osoby i instytucje, które korzystają ze świadczeń publicznej służby ratowniczej.

(5) Opłaty za korzystanie z usług oparte są w każdym przypadku na możliwych do uwzględnienia zgodnie z art. 32 zdanie drugie przewidywalnych kosztach wykonania usługi z zakresu ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza oraz transportu chorych, a także na przewidywalnej ilości interwencji w okresie interwencyjnym. Do kosztów wykonania usługi zaliczają się w szczególności także koszty udziału lekarza w służbie ratowniczej, [...] a także koszty działalności centralnego biura ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii zgodnie z ust. 8. Instytucje zabezpieczenia społecznego uzgadniają oddzielnie w każdym przypadku z poszczególnymi wykonawcami, z podmiotami odpowiedzialnymi za zintegrowany zarząd, a także z centralnym biurem ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii ich przewidywalne koszty w okresie, za który mają być wypłacone opłaty za korzystanie z usług. Koszty te mogą zostać uzgodnione jako budżet.

(6) Jeśli do 30 listopada roku gospodarczego poprzedzającego okres podlegający wynagrodzeniu nie zostanie zawarte porozumienie w sprawie opłat za korzystanie z usług zgodnie z ust. 2 albo porozumienie zgodnie z ust. 5, odbywa się postępowanie arbitrażowe przed organem arbitrażowym [...] w sprawie wysokości przewidywalnych kosztów oraz opłat za korzystanie z usług. [...] Nie jest możliwe dostosowanie opłat za korzystanie z usług ze skutkiem wstecznym.

(7) Przewidywalne koszty uzgodnione z instytucjami zabezpieczenia społecznego albo ustalone w sposób prawnie wiążący są pokrywane z opłat pobranych za korzystanie z usług ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza oraz transportu chorych (wyrównanie przychodów). Po upływie okresu podlegającego wynagrodzeniu każdy wykonawca, podmiot odpowiedzialny za zintegrowany zarząd oraz centralne biuro ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii muszą wykazać faktycznie poniesione koszty w końcowym rozliczeniu oraz rozliczyć je w świetle porozumienia w sprawie kosztów (złożenie rachunków). Jeśli

wystąpi różnica pomiędzy kosztami faktycznie poniesionymi a przewidywalnymi kosztami uznanymi przez instytucje zabezpieczenia społecznego dla celów porozumienia w sprawie kosztów, wynik tego złożenia rachunków będzie przedmiotem najbliższych negocjacji w sprawie opłat za korzystanie z usług. Takie przeniesienie wyniku jest wykluczone, jeśli koszty wykonawcy [...] albo centralnego biura ds. rozliczeń [...] zostały ustalone jako budżet.

(8) Za wykonanie przepisów ust. 2–7 oraz art. 35 odpowiada centralne biuro ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii, które w szczególności:

1. współdziała w charakterze doradcy przy uzgadnianiu opłat za korzystanie z usług zgodnie z ust. 2 oraz w ramach porozumień przewidzianych w ust. 5,
2. na podstawie przewidywalnych kosztów zainteresowanych stron oraz oczekiwanej liczby interwencji publicznej służby ratowniczej oblicza konieczne opłaty za korzystanie z usług oraz proponuje je zainteresowanym stronom celem zawarcia porozumienia; dotyczy to także koniecznego dostosowania opłat za korzystanie z usług w trakcie bieżącego roku gospodarczego,
3. pobiera opłaty za korzystanie ze świadczeń publicznej służby ratowniczej [...] od osób zobowiązanych do poniesienia tych kosztów,
4. dokonuje wyrównania przychodów;
5. wypłaca kwoty odpowiadające kosztom świadczenia usług z zakresu ratownictwa ich wykonawcom [...];
6. kontroluje rachunki złożone przez wykonawców [...] pod kątem wiarygodności i poprawności rachunkowej oraz;
7. sporządza zrewidowane, całościowe końcowe rozliczenie publicznej służby ratowniczej.

Centralne biuro ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii świadczy usługi w tym zakresie nie w celach zarobkowych. Wszystkie zainteresowane strony zobowiązane są do wspierania centralnego biura ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii w wykonywaniu jego zadań oraz do przekazywania mu w tym celu koniecznych informacji oraz dokumentów na piśmie”.

[...]

Artykuł 48 Organy arbitrażowe

[...]

(3) Organ arbitrażowy właściwy w sprawach opłat składa się, obok przewodniczącego:

1. w sporach dotyczących opłat za korzystanie z ratownictwa lądowego – z trzech członków reprezentujących wykonawców usług ratownictwa lądowego oraz z trzech członków reprezentujących instytucje zabezpieczenia społecznego [...]

[...]

(5) Przewodniczący organu arbitrażowego właściwego w sprawach opłat oraz jego zastępca są mianowani wspólnie przez wykonawców usług publicznego pogotowia

ratunkowego, Kassenärztliche Vereinigung Bayerns (bawarskie stowarzyszenie lekarzy kas chorych), podmioty mające zapewnić współdziałanie lekarzy w transporcie oraz przez instytucje zabezpieczenia społecznego.

Artykuł 49 Organy pogotowia ratunkowego

(1) Organami odpowiedzialnymi za wykonanie tej ustawy [...] są:

1. Staatsministerium des Innern (bawarskie ministerstwo spraw wewnętrznych) jako najwyższy organ pogotowia ratunkowego [...]

[...]

Artykuł 53 Przepisy prawne i administracyjne

(1) Najwyższy organ pogotowia ratunkowego może w drodze regulacji prawnej:

[...]

11. powołać centralne biuro ds. rozliczeń za usługi pogotowia ratunkowego w Bawarii [...].”

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 5 Przedsiębiorstwo Stadler świadczyło dla gminnego związku Passau w Bawarii usługi pogotowia ratunkowego do dnia 31 grudnia 2008 r., w którym nastąpiło rozwiązanie zawartych między nimi umów. Przedsiębiorstwo to zaskarżyło ważność wskazanego rozwiązania umowy przed Verwaltungsgericht (sądem administracyjnym) oraz złożyło wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego w przedmiocie utrzymania w mocy stosunku umownego do momentu orzeczenia w postępowaniu głównym. Żądania te zostały oddalone.
- 6 W trakcie tych postępowań gminny związek Passau poinformował, że zamierza powierzyć świadczenie usług pogotowia ratunkowego innym przedsiębiorstwom bez zapraszania do składania zamówień, początkowo na podstawie umów tymczasowych, a następnie udzielić ostatecznego zamówienia w ramach procedury selekcyjnej, przewidzianej w art. 13 ust. 3 bawarskiej ustawy.
- 7 Gminny związek Passau zawarł umowy tymczasowe z Malteser Hilfsdienst eV i Bayerisches Rotes Kreuz.
- 8 Pismem z dnia 17 grudnia 2008 r. przedsiębiorstwo Stadler zakwestionowało postępowanie zastosowane przez gminny związek Passau i wniosło odwołanie do Vergabekammer (izby ds. zamówień publicznych), które zostało odrzucone jako niedopuszczalne.
- 9 Przedsiębiorstwo Stadler wniosło natychmiastowe zażalenie na wskazaną powyżej decyzję do Oberlandesgericht München.
- 10 Zdaniem sądu krajowego, postępowanie ma na celu ustalenie, czy sporne świadczenie usług w Bawarii należy zaklasyfikować jako „koncesję na usługi”, czy też jako „zamówienie na usługi”, oraz jakie skutki prawne wynikają z takiej klasyfikacji. Klasyfikacja ta zależy od wykładni art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE, która definiuje pojęcie „koncesji na usługi”.

- 11 Na terytorium miasta Passau umowy w przedmiocie świadczenia na rzecz ludności usług pogotowia ratunkowego są zawierane w formie zwanej „modelem koncesyjnym” pomiędzy instytucją zamawiającą, gminnym związkiem Passau a usługodawcami.
- 12 Wysokość opłat przewidzianych za usługi pogotowia ratunkowego jest uzgadniana pomiędzy instytucją zabezpieczenia społecznego a wybranym usługodawcą. Zgodnie z art. 32 zdanie drugie ustawy bawarskiej opłaty za korzystanie z usług winny być oparte na kosztach szacowanych zgodnie z zasadami gospodarki, które odpowiadają prawidłowemu świadczeniu usług, gospodarnemu i oszczędnemu prowadzeniu działalności, a także efektywnej organizacji. Przewidywalne, uzgodnione koszty są pokrywane z opłat pobranych za korzystanie z usług ratownictwa w nagłych wypadkach, transport pacjentów z udziałem lekarza oraz transport chorych. W przypadku sporów pomiędzy instytucją zabezpieczenia społecznego a usługodawcami w przedmiocie wysokości tych opłat możliwe jest wniesienie sprawy do organu arbitrażowego, którego orzeczenia mogą być zaskarżane przed sądami administracyjnymi.
- 13 Wybrany usługodawca otrzymuje opłaty od ustanowionego przez bawarskie ministerstwo spraw wewnętrznych centralnego biura ds. rozliczeń, z którego usług musi on korzystać. Biuro to wypłaca usługodawcy wynagrodzenie w formie tygodniowych lub miesięcznych płatności zaliczkowych w oparciu o obliczone uprzednio całkowite wynagrodzenie za rok. Jeśli na koniec roku stwierdzona zostanie niedopłata, kwota ta zostanie uwzględniona w następnym porozumieniu w sprawie wynagrodzenia.
- 14 Osoby ubezpieczone prywatnie i osoby nieubezpieczone, które wedle sądu krajowego stanowią 10 % dłużników powinni uiszczać opłaty za korzystanie z usług w takiej samej wysokości, jak osoby ubezpieczone na podstawie ustawy.
- 15 Sąd krajowy podkreśla, że w Niemczech istnieje alternatywny model świadczenia usług pogotowia ratunkowego, zwany modelem „przetargowym”. W niektórych krajach związkowych, takich jak Saksonia, właściwa w zakresie pogotowia ratunkowego instytucja zamawiająca wypłaca wynagrodzenie bezpośrednio na rzecz usługodawców. Organy administracji publicznej właściwe w zakresie pogotowia ratunkowego uzgadniają wskazane wynagrodzenie w ramach negocjacji prowadzonych z instytucjami zabezpieczenia społecznego i wypłacają je następnie usługodawcom. Model ten został zakwalifikowany przez Bundesgerichtshof jako „zamówienie publiczne”.
- 16 Różnice w modelu przetargowym krajów związkowych takich, jak Saksonia a modelem koncesyjnym krajów związkowych takich jak Bawaria polegają na tym, że w pierwszym przypadku przewidziane prawem opłaty za korzystanie z usług są negocjowane pomiędzy instytucją zamawiającą właściwą w zakresie pogotowia ratunkowego a inną instytucją zamawiającą (instytucją zabezpieczenia społecznego) i usługodawca jest tą umową związany, podczas gdy w drugim przypadku usługodawca uzgadnia wysokość opłaty za korzystanie z usług z inną instytucją zamawiającą (instytucją zabezpieczenia społecznego).
- 17 W związku z powyższym, dla sądu krajowego powstaje pytanie, czy jedynie wybór innej formy negocjacji może prowadzić do tego, że w jednym przypadku usługi pogotowia ratunkowego muszą być przedmiotem zaproszenia do składania ofert jako zamówienie na usługi na podstawie dyrektywy 2004/18, a w drugim przypadku zastosowanie przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych może zostać odrzucone ze względu na to, że dana umowa stanowi koncesję na usługi.

- 18 Ponadto sąd krajowy wskazał, że wedle orzecznictwa Trybunału publiczna koncesja na usługi, gdy wynagrodzenie jest wypłacane przez osobę trzecią, charakteryzuje się wymogiem, by kontrahent przyjął na siebie ryzyko prowadzenia działalności w zakresie omawianych usług. W związku z tym, jeśli wyjdzie się z założenia, że ostatecznie decydującym kryterium rozróżniającym pomiędzy „koncesją na usługi” a „zamówieniem na usługi” jest okoliczność, że kontrahent przejął ryzyko gospodarcze, to powstaje pytanie, czy przejście ryzyka jakiegokolwiek rodzaju jest wystarczające, skoro tylko przejęte zostanie całe ryzyko ciążące w przeciwnym przypadku na instytucji zamawiającej.
- 19 Wskazane rozgraniczenie jest tym bardziej trudne, że – jak wskazał sąd krajowy – w przypadku modelu koncesyjnego usługodawca ponosi jedynie ograniczone ryzyko gospodarcze.
- 20 W tych okolicznościach Oberlandesgericht w Monachium zawiesił postępowanie w sprawie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy umowa dotycząca usług (w niniejszej sprawie usług w zakresie ratownictwa), której treść nie przewiduje, iż wynagrodzenie jest wypłacane wykonawcy bezpośrednio przez instytucję zamawiającą, lecz że:

- a) opłaty za korzystanie z usług, które mają być świadczone, określane są w drodze negocjacji pomiędzy wykonawcą a osobami trzecimi, którymi są instytucje zamawiające (w niniejszej sprawie instytucje zabezpieczenia społecznego),
- b) w przypadku nieosiągnięcia porozumienia przewidziane jest orzeczenie wyznaczonego w tym celu organu arbitrażowego, które podlega kontroli sądów państwowych, oraz,
- c) opłaty są wypłacane wykonawcy w formie regularnych płatności zaliczkowych, nie bezpośrednio przez użytkowników, lecz przez centralne biuro ds. rozliczeń, z którego usług korzysta on zgodnie z ustawą,

winna być uważana z tego tylko powodu za koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE – w odróżnieniu od zamówienia na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i d) tej dyrektywy?

2) W przypadku udzielenia na pierwsze pytanie prejudycjalne odpowiedzi przeczącej: czy z koncesją na usługi mamy do czynienia wówczas, gdy ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usługi publicznej jest ograniczone, ponieważ:

- a) zgodnie z przepisami ustawy opłaty za korzystanie z usług są obliczane na podstawie kosztów szacowanych zgodnie z zasadami zarządzania przedsiębiorstwem oraz odpowiadają prawidłowemu świadczeniu usług, gospodarnemu i oszczędnemu zarządzaniu, a także efektywnej organizacji, oraz,
- b) opłaty za korzystanie z usług są należne od wypłacalnych instytucji zabezpieczenia społecznego,
- c) zapewniona jest pewna wyłączność korzystania z usług na obszarze określonym w umowie,

jednak wykonawca ponosi w całości to ograniczone ryzyko?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 21 Ponieważ pytania prejudycjalne pierwsze i drugie są ze sobą związane, należy rozpatrzyć je łącznie.
- 22 Na wstępie należy wskazać, że umowy dotyczące świadczenia usług pogotowia ratunkowego na rzecz ludności, zawierane przez gminny związek Passau są zawierane w formie zwanej „modelem koncesyjnym”. Ten model umowny odróżnia się od modelu zwanego modelem „przetargowym”, który stanowi rodzaj udzielenia zamówienia publicznego na usługi (zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemcom w sprawie C-160/08, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 131) w związku z tym, że w ramach modelu koncesyjnego wynagrodzenie nie jest wypłacane przez instytucję zamawiającą, lecz poprzez kwoty pobrane od użytkowników usług za pośrednictwem centralnego biura ds. rozliczeń. Opłaty za korzystanie z usług są uzgadniane pomiędzy instytucją zabezpieczenia społecznego a usługodawcą wybranym przez gminny związek Passau.
- 23 W tym zakresie należy wskazać, że kwestia, czy dane działanie powinno zostać zakwalifikowane jako „koncesja na usługi” lub „zamówienie publiczne na usługi”, musi być oceniana wyłącznie w świetle prawa Unii (zob. w szczególności wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-6657, pkt 31; z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 Acoset, Rec. s. I-9913, pkt 38).
- 24 Z porównania definicji zamówień publicznych na usługi i koncesji na usługi, zawartych, odpowiednio, w art. 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18, wynika, że różnica pomiędzy zamówieniem publicznym na usługi a koncesją na usługi spoczywa w wynagrodzeniu za świadczenie usług. Zamówienie na usługi zawiera wynagrodzenie, które – nie będąc wszakże jedynym wynagrodzeniem – jest płacone bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy (zob. podobnie wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 39; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 33 i 40), podczas gdy w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świadczenie usług polega na prawie do gospodarczego wykorzystania usługi bądź jako takim bądź wraz z ceną (zob. podobnie wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 Eurawasser, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 51).
- 25 W przypadku umowy dotyczącej usług, okoliczność że kontrahent nie jest bezpośrednio wynagradzany przez instytucję zamawiającą, lecz ma prawo do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich spełnia wymogi wynagrodzenia, o którym mowa w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18. (zob. ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 57).
- 26 O ile sposób wynagradzania jest w związku z powyższym jednym z elementów decydujących o dokonaniu kwalifikacji danej czynności jako koncesji na usługi, z orzecznictwa wynika ponadto, że koncesja na usługi oznacza, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usługi publicznej, i że brak przeniesienia na usługodawcę tego ryzyka wskazuje na to, że omawiana czynność stanowi zamówienie publiczne na usługi, a nie koncesję na usługi (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 59 i 68 oraz przytoczone tam orzecznictwo).

- 27 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie zawisłej przed sądem krajowym wynika, że wynagrodzenie usługodawcy świadczącego usługi pogotowia ratunkowego nie jest zapewniane przez instytucję zamawiającą, która zawarła omawianą umowę, lecz poprzez opłaty za korzystanie z usług, których zgodnie z ustawą bawarską może on żądać od instytucji zabezpieczenia społecznego, gdy osoby ubezpieczone w jej ramach korzystały z usług pogotowia ratunkowego lub od osób ubezpieczonych prywatnie i osób nieubezpieczonych, które skorzystały z tych usług.
- 28 Okoliczność, że wysokość opłat za korzystanie z usług nie jest ustalana jednostronnie przez usługodawcę świadczącego usługi pogotowia ratunkowego, lecz w drodze uzgodnienia z instytucjami zabezpieczenia społecznego, które same mają charakter instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns, Zb.Orz. s. I-4779, pkt 40 – 59) oraz że opłaty te nie są uiszczane bezpośrednio przez użytkowników tych usług na rzecz wybranych usługodawców, lecz za pośrednictwem centralnego biura ds. rozliczeń właściwego w zakresie pobierania i wypłaty tych opłat w formie regularnych płatności zaliczkowych nie ma wpływu na to stwierdzenie. Nie zmienia to bowiem faktu, że wszelkie wynagrodzenia wypłacane na rzecz usługodawcy pochodzą od innych osób niż instytucja zamawiająca, z którą zawarł on umowę.
- 29 W sprawie takiej, jak zawisła przed sądem krajowym, dla przyjęcia, że wystąpiła koncesja na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18 należy ponadto zbadać, czy uzgodniony sposób wynagradzania polega na prawie usługodawcy do wykonywania usługi i prowadzi do przejścia przez usługodawcę ryzyka prowadzenia działalności związanego ze świadczeniem usług publicznych. Ryzyko to może być wprawdzie od początku bardzo ograniczone, jednak w celu stwierdzenia istnienia koncesji na usługi, niezbędne jest, by instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub przynajmniej znaczną część ponoszonego przez nią ryzyka (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 77 i 80).
- 30 W niniejszej sprawie gminny związek Passau przeniósł na wybranych usługodawców, na okres wielu lat, całość wykonania technicznego, administracyjnego i finansowego usług pogotowia ratunkowego, w zakresie których był właściwy, zgodnie z art. 4 ust. 1 bawarskiej ustawy.
- 31 Wybrani usługodawcy mają więc za zadanie zapewnić, zgodnie z wymogami ustanowionymi w umowie i bawarskiej ustawie, świadczenie usług pogotowia ratunkowego w ramach miejscowej właściwości gminnego związku Passau.
- 32 Przedsiębiorstwo Stadler kwestionuje twierdzenie, jakoby w ten sposób gminny związek Passau również przeniósł ryzyko związane ze świadczeniem omawianych usług na wybranych usługodawców.
- 33 W tym względzie należy przypomnieć, że wówczas, gdy usługodawca jest wynagradzany wyłącznie przez osoby trzecie, przeniesienie przez instytucję zamawiającą „bardzo ograniczonego” ryzyka prowadzenia działalności wystarcza, by można dojść do wniosku, że ma miejsce koncesja na usługi (zob. ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 77).
- 34 Jak bowiem wiadomo, pewne sektory działalności, w szczególności sektor użyteczności publicznej, taki jak będący przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie, są przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego. Należy zwłaszcza umożliwić instytucjom

zamawiającym, działającym w dobrej wierze, zapewnienie dostawy usług przy pomocy koncesji, jeśli uznają, że jest to najlepszy sposób zagwarantowania danych usług publicznych i to również, gdy ryzyko prowadzenia działalności jest bardzo ograniczone (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 72 i 74).

- 35 W tego rodzaju sektorach instytucje zamawiające nie mają żadnego wpływu na przepisy prawa publicznego mające zastosowanie do organizacji usługi, a zatem na poziom ewentualnie przenoszzonego ryzyka, a ponadto nie byłoby rozsądne żądanie od zlecającej administracji publicznej stworzenia warunków konkurencji i ryzyka gospodarczego na wyższym poziomie niż występujące w tym sektorze ze względu na uregulowania mające do niego zastosowanie (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 75 i 76).
- 36 Na wstępie należy wyjaśnić, że dokonywanie kwalifikacji prawnej czynności będących przedmiotem sporu w sprawie przed sądem krajowym nie należy do właściwości Trybunału. Rola Trybunału sprowadza się do dokonania na użytek sądu krajowego wykładni prawa Unii, użytecznej celem wydania orzeczenia, które sąd ten ma obowiązek wydać w sprawie przed nim zawisłej (zob. ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 32). Konkretna kwalifikacja umowy należy do kompetencji sądu krajowego, który powinien zweryfikować, czy ustalone okoliczności faktyczne odpowiadają ogólnym kryteriom ustanowionym przez Trybunał.
- 37 W tym zakresie należy wskazać, że ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usług należy rozumieć jako ryzyko narażenia na niebezpieczeństwa rynku (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 66 i 67), które może się przekładać na ryzyko konkurencji ze strony innych wykonawców, ryzyko braku równowagi pomiędzy popytą a popytem na usługi, ryzyko niewypłacalności ze strony dłużników winnych opłat za świadczone usługi, ryzyko braku pełnego pokrycia wydatków przychodami lub ryzyko odpowiedzialności za szkodę powstałą w wyniku uchybienia w świadczeniu usług (zob. podobnie wyroki: z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse i in., Zb.Orz. s. I-9315, pkt 22; w ww. sprawie Hans & Christophorus Oymanns, pkt 74).
- 38 Natomiast ryzyko tego rodzaju, jak ryzyko nieprawidłowego zarządzania przedsiębiorstwem lub ryzyko popełnienia przez wykonawcę błędów w ocenie nie jest decydujące dla celów zakwalifikowania umowy jako zamówienie publiczne lub jako koncesja na usługi, bowiem te rodzaje ryzyka są związane z każdą umową, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne, czy też o koncesję na usługi.
- 39 Należy stwierdzić, że w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, opłaty za korzystanie z usług nie są ustalane jednostronnie przez usługodawcę świadczącego usługi pogotowia ratunkowego, lecz w drodze uzgodnienia z instytucjami zabezpieczenia społecznego, na podstawie prowadzonych co roku negocjacji. Wynik tych negocjacji jest jedynie częściowo przewidywalny i niosą one dla usługodawcy ryzyko ograniczeń nałożonych na czas trwania umowy. Ograniczenia te mogą wynikać w szczególności z konieczności zawarcia w toku negocjacji lub w postępowaniu arbitrażowym kompromisu w zakresie dotyczącym wysokości opłat za korzystanie z usług.
- 40 Mając na uwadze podkreśloną przez sąd krajowy okoliczność, że instytucje zabezpieczenia społecznego, z którymi wybrany usługodawca ma prowadzić negocjacje przywiązują wagę – ze względu na ich zobowiązania prawne – do określenia opłat za korzystanie z usług na możliwie najniższym poziomie, wskazany usługodawca naraża się w ten sposób na ryzyko, że opłaty te nie będą wystarczające, by pokryć całość wydatków związanych z prowadzeniem działalności.

- 41 Usługodawca nie może się chronić przed tego rodzaju ewentualnością poprzez rezygnację z prowadzenia dalszej działalności, ponieważ, po pierwsze poczynione przez niego inwestycje nie zostałyby zamortyzowane i po drugie naraziłby się on na konsekwencje prawne swej decyzji o przedwczesnym rozwiązaniu umowy. W każdym razie przedsiębiorstwo specjalizujące się w świadczeniu usług pogotowia ratunkowego ma jedynie ograniczoną elastyczność na rynku transportu.
- 42 Ponadto, z bawarskiej ustawy wynika, że nie gwarantuje ona pełnego pokrycia kosztów wykonawcy.
- 43 Jeżeli koszty faktycznie poniesione przekroczą w określonym okresie koszty przewidziane, które były podstawą do obliczenia opłat za korzystanie z usług, wskazany wykonawca może znaleźć się w sytuacji deficytu, której będzie musiał zaradzić poprzez finansowanie z własnych środków. Prawdą jest bowiem, że popyt na usługi pogotowia ratunkowego może podlegać wahaniom.
- 44 Ponadto, w przypadku wystąpienia różnicy pomiędzy kosztami faktycznie poniesionymi a kosztami przewidywalnymi, uznanymi przez instytucje zabezpieczenia społecznego, wynik złożenia rachunków będzie jedynie przedmiotem najbliższych negocjacji, co nie zobowiązuje instytucji zabezpieczenia społecznego do wyrównania ewentualnego deficytu w następnym roku i nie stanowi w związku z tym gwarancji pełnego wyrównania.
- 45 Należy dodać, że o ile koszty są przewidziane jako budżet, przeniesienie pozytywnego lub negatywnego wyniku przedsiębiorstwa na rok następny nie jest możliwe.
- 46 Po trzecie, wybrany usługodawca jest w pewnym stopniu narażony na ryzyko braku zapłaty przez dłużników opłat za korzystanie z usług. Prawdą jest, że przeważająca większość użytkowników omawianych usług jest ubezpieczona w instytucjach zabezpieczenia społecznego, jednak nie jest również nieistotna liczba użytkowników, którzy są osobami nieubezpieczonymi lub ubezpieczonymi prywatnie. O ile do zadań centralnego biura ds. rozliczeń należy technicznie rzecz biorąc pobranie wierzytelności tej ostatniej z wymienionych kategorii ubezpieczonych, o tyle nie przejmuje ona długów osób nieubezpieczonych lub ubezpieczonych prywatnie, ani nie gwarantuje rzeczywistej zapłaty przez te osoby opłat za korzystanie z usług. Z danych przedstawionych Trybunałowi wynika, że centralne biuro ds. rozliczeń nie ma uprawnień organu administracji publicznej.
- 47 Należy wreszcie wskazać, że zgodnie z wyjaśnieniami sądu krajowego, bawarska ustawa nie wyklucza, aby większa liczba wykonawców była uprawniona do świadczenia usług na tym samym obszarze. W związku z tym gminny związek Passau zawarł umowy z dwoma usługodawcami.
- 48 Na pytania prejudycjalne należy zatem odpowiedzieć, że wówczas, gdy wynagrodzenie wybranego wykonawcy jest w pełni zapewnione przez osoby inne niż instytucja zamawiająca, z którą zawarł on umowę w przedmiocie świadczenia usług pogotowia ratunkowego, i wykonawca ten jest narażony na ryzyko prowadzenia działalności, nawet gdy jest ono bardzo ograniczone, w szczególności w związku z tym, że wysokość opłat za korzystanie z omawianych usług zależy od wyników negocjacji prowadzonych co roku z osobami trzecimi i nie ma on gwarancji pełnego pokrycia kosztów poniesionych w ramach prowadzenia działalności zgodnie z zasadami ustanowionymi przez prawo krajowe, umowę tę należy zakwalifikować jako „koncesję na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18.

- 49 Należy dodać, że nawet jeśli zgodnie z obowiązującym stanem prawnym Unii umowy koncesji na usługi nie są objęte żadną z dyrektyw, w których prawodawca Unii uregulował dziedzinę zamówień publicznych, organy publiczne, które zawierają takie umowy, są mimo to zobowiązane do przestrzegania podstawowych postanowień traktatu FUE, w szczególności art. 49 TFUE i 56 TFUE, jak i obowiązku przejrzystości, który z nich wynika, jeżeli rozpatrywana umowa stanowi pewny przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, co podlega ocenie sądu krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 33 i 34, oraz cytowane orzecznictwo).

W przedmiocie kosztów

- 50 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

Artykuł 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz art. 4 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że wówczas, gdy wynagrodzenie wybranego wykonawcy jest w pełni zapewnione przez osoby inne niż instytucja zamawiająca, z którą zawarł on umowę w przedmiocie świadczenia usług pogotowia ratunkowego, i wykonawca ten jest narażony na ryzyko prowadzenia działalności, nawet gdy jest ono bardzo ograniczone, w szczególności w związku z tym, że wysokość opłat za korzystanie z omawianych usług zależy od wyników negocjacji prowadzonych co roku z osobami trzecimi i nie ma on gwarancji pełnego pokrycia kosztów poniesionych w ramach prowadzenia działalności zgodnie z zasadami ustanowionymi przez prawo krajowe, umowę tę należy zakwalifikować jako „koncesję na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 4 tej dyrektywy.

Podpisy

* Język postępowania: niemiecki.