

orzeczenie z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 Norm-A Dekom

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 10 listopada 2011 r.(*)

Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 1 ust. 3 lit. b) – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 2d ust. 1 lit. b) – Pojęcie „koncesji na usługi” – Świadczenie autobusowych usług transportu publicznego – Prawo do gospodarczego wykorzystania usług i wypłata usługodawcy rekompensaty za straty – Ryzyko związane z wykorzystaniem ograniczone na podstawie prawa krajowego i umowy – Procedury odwoławcze w dziedzinie udzielenia zamówienia – Bezpośrednie zastosowanie art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13/EWG do umów zawartych przed upływem terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66/WE

W sprawie C-348/10

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Augstākās tiesas Senāts (Łotwa) postanowieniem z dnia 2 lipca 2010 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 lipca 2010 r., w postępowaniu:

Norma-A SIA,

Dekom SIA

przeciwko

Latgales plānošanas reģions, wstępującej w prawa Ludzas novada dome,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), prezes izby, U. Löhmus, A. Rosas, i A. Ó Caoimh i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Cruz Villalón,

sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 18 maja 2011 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Norma-A SIA przez L. Krastiņę oraz I. Azandę, advokāte,
- w imieniu Latgales plānošanas reģions, wstępującej w prawa Ludzas novada dome, przez J. Pļutę,

- w imieniu rządu łotewskiego przez M. Borkovecę oraz K. Krasovską, działające w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez C. Zadrę oraz A. Saukę, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 7 lipca 2011 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 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. L 134, s. 1) oraz art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 92/13”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Norma-A SIA i Dekom SIA, a Latgales plānošanas reģions, wstępującej w prawa Ludzas novads dome [rady regionalnej w Ludzie (Łotwa)], w przedmiocie przyznania Ludzas autotransporta uzņēmums SIA „koncesji” na autobusowe usługi transportu publicznego obsługujące miasto i region Ludza.

Ramy prawne

Uregulowania Unii

- 3 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 przewidują:
 - „2. a) »Zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi« oznaczają odpłatne umowy zawarte na piśmie pomiędzy jednym lub wieloma podmiotami zamawiającymi, wymienionymi w art. 2 ust. 2, oraz jednym lub wieloma przedsiębiorcami budowlanymi, dostawcami, lub usługodawcami;
 - [...]
 - d) »Zamówienia na usługi« oznaczają zamówienia inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku XVII.

[...]

3. [...]

- b) »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 usług, albo takie prawo wraz z płatnością”.

4 Artykuł 2 dyrektywy stanowi:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy:

- a) »instytucje zamawiające« – ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego,

[...].

2. Niniejsza dyrektywa dotyczy podmiotów zamawiających:

- a) będących instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi oraz prowadzących jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 3–7;

[...]”.

5 Artykuł 5 dyrektywy 2004/17 stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa dotyczy działalności obejmującej dostawę lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejowego, systemów automatycznych, tramwajów, trolejbusów, autobusów lub kolei linowych.

[...]

2. Niniejsza dyrektywa nie dotyczy podmiotów świadczących usługi transportu autobusowego odbiorcom publicznym, które zostały wyłączone z zakresu dyrektywy 93/38/EWG zgodnie z jej art. 2 ust. 4”.

6 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) i art. 1 ust. 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), 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.

[...]

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”.

7 Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/17/WE [...], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 5 ust. 2, art. 18–26, art. 29 i 30 lub art. 62 tej dyrektywy.

[...]”.

8 Artykuł 2d ust. 1 dyrektywy 92/13 stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, by umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od podmiotu zamawiającego lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego, w następujących przypadkach:

[...]

b) w przypadku naruszenia art. 1 ust. 5, art. 2 ust. 3 lub art. 2a ust. 2 niniejszej dyrektywy, jeżeli naruszenie to pozbawiło wnoszącego odwołanie oferenta możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, kiedy takie naruszenie jest połączone z naruszeniem dyrektywy 2004/17/WE, jeżeli naruszenie to wpłynęło na szanse wnoszącego odwołanie oferenta na otrzymanie zamówienia;

[...]”.

9 Zgodnie z art. 2f ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13:

„1. Państwa członkowskie mogą postanowić, że wniesienie odwołania zgodnie z art. 2d ust. 1 musi nastąpić:

[...]

b) i we wszystkich przypadkach przed upływem okresu co najmniej 6 miesięcy ze skutkiem od dnia następującego po dniu zawarcia umowy”.

10 Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2007/66 wprowadzający przepisy, o których mowa w pkt 7–9 niniejszego wyroku, do dyrektywy 92/13, stanowi:

„Państwa członkowskie wprowadzają w życie nie później niż dnia 20 grudnia 2009 r. przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy. [...]”.

Uregulowania krajowe

11 Zgodnie z art. 1. ust. 7 Publiskās un privātās partnerības likums (ustawy o współpracy pomiędzy sektorem publicznym a sektorem prywatnym, *Latvijas Vēstnesis* 2009, nr 107, s. 4093), obowiązującej od dnia 1 października 2009 r., umowa koncesji na usługi jest umową, na podstawie której na wniosek partnera publicznego partner prywatny świadczy usługi wymienione w załączniku 2 do Publisko iepirkumu likums (ustawy o zamówieniach publicznych) i jako wynagrodzenie, lub jako główny składnik wynagrodzenia za świadczenie tych usług otrzymuje prawa do gospodarczego wykorzystywania owych usług, jednakże jednocześnie ponosi również ryzyko związane z wykorzystywaniem tych usług lub istotną część tego ryzyka.

12 Na podstawie art. 1 ust. 8 owej ustawy przez prawo do gospodarczego wykorzystania usług rozumie się prawo do otrzymywania zapłaty od końcowych odbiorców tych usług

lub do otrzymania wynagrodzenia od partnera publicznego, którego wysokość zależy od zapotrzebowania odbiorców końcowych na te usługi, a nawet do otrzymania zarówno zapłaty od odbiorców końcowych usług, jak i wynagrodzenia ze strony partnera publicznego.

- 13 Kolejno, art. 1 ust. 9 stanowi, że ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług (ryzyko gospodarcze) istnieje, kiedy przychody partnera prywatnego zależą od zapotrzebowania odbiorców końcowych na usługi (ryzyko zapotrzebowania) lub od tego, czy usługa oferowana jest odbiorcom końcowym zgodnie z wymogami ustalonymi w umowie koncesyjnej (ryzyko dyspozycyjności) lub istnieje wtedy, gdy przychody zależą zarówno od ryzyka zapotrzebowania jak i od ryzyka dyspozycyjności.
- 14 Artykuł 6 ust. 3 Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums (ustawy o usługach transportu publicznego, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, nr 106, s. 3682) stanowi w szczególności, że usługi transportu publicznego są organizowane w zależności od zapotrzebowania na takie usługi, z uwzględnieniem koniecznych gęstości i regularności transportu w ramach sieci, zakresu i jakości usług, rentowności gospodarczej transportu, przy określeniu sposobu organizacji transportu osób.
- 15 Artykuł 10 ust. 1 tej ustawy stanowi, że przewoźnik otrzymuje rekompensatę z tytułu strat i kosztów poniesionych ze świadczenia usług transportu publicznego zgodnie z warunkami przewidzianymi w art. 11 i 12 tej ustawy:
- 16 Na podstawie art. 11 ust. 1 tej ustawy:

„[...] przewoźnik otrzymuje rekompensatę z tytułu świadczeń związanych ze świadczeniem usług transportu publicznego:

1¹) w pełnej kwocie z funduszy przewidzianych na ten cel w budżecie państwa, w odniesieniu do regionalnych i międzymiastowych linii i sieci oraz lokalnych sieci regionalnych;

1²) z funduszu przewidzianego na ten cel w budżecie państwa, w przypadku dróg, które należą do sieci transportu regionalnego o interesie lokalnym;

2) z budżetu samorządu terytorialnego w przypadku dróg należących do sieci transportu regionalnego o interesie lokalnym, w stosunku do tej części usług transportu publicznego, która przekracza wysokość funduszy przewidzianych w budżecie państwa w celu zagwarantowania tych usług;

[...]”.

- 17 Zgodnie z art. 12 ustawy o usługach transportu publicznego:

„1. Jeżeli państwo ustanawia minimalne wymogi dotyczące jakości usług transportu publicznego, jakie przewoźnik działający w celach zarobkowych nie musiałby spełniać, i których spełnienie wiąże się z dodatkowymi kosztami, przewoźnik ma prawo otrzymania od państwa rekompensaty z tytułu wszystkich tych wydatków.

2. Przewoźnicy, którzy świadczą usługi transportu publicznego w ramach zamówienia publicznego, otrzymują kompensatę w formie wypłat, o których mowa w ust. 1, jeżeli po rozpoczęciu świadczenia usług transportu publicznego ustanowiono minimalne wymogi dotyczące jakości.

3. Przepisy regulujące określenie, obliczenie i kompensatę kosztów, o których mowa w ust. 1, przyznanie społecznościom lokalnym dotacji z budżetu państwa na pokrycie tych kosztów, a także kontrola zgodności z prawem i prawidłowości wykorzystania tych funduszy są ustalane przez radę ministrów”.
- 18 Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība nr 672 (rozporządzenie rady ministrów nr 672 w sprawie rekompensaty z tytułu strat i kosztów związanych ze świadczeniem usług transportu publicznego oraz w sprawie ustanowienia taryf za usługi transportu publicznego, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, nr 175, s. 3751) z dnia 2 października 2007 r., obowiązujące do dnia 20 listopada 2009 r. oraz zastępujące je z dniem 21 listopada 2009 r. rozporządzenie rady ministrów nr 1226 z dnia 26 października 2009 r. (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, nr 183, s. 4169, zwane dalej „rozporządzeniem nr 2009/1226”), opierają się na ustawie o usługach transportu publicznego.
- 19 Artykuł 2 rozporządzenia nr 2009/1226 przewiduje:
- „[...] przewoźnicy otrzymują rekompensatę z tytułu następujących strat związanych z wykonaniem umowy świadczenia usług transportu publicznego:
- 2.1) niezbędnych kosztów związanych z wykonywaniem umowy świadczenia usług transportu publicznego, które przekraczają uzyskane przychody;
- 2.2) kosztów wynikających z zastosowania taryf ustanowionych przez podmiot zamawiający;
- 2.3) kosztów wynikających z zastosowania przez stronę zamawiającą zniżek w cenie transportu dla określonych kategorii pasażerów”.
- 20 Artykuł 3 tego rozporządzenia stanowi, że przewoźnik ma prawo domagania się rekompensaty z tytułu kosztów poniesionych w związku ze spełnianiem minimalnych wymogów dotyczących jakości ustanowionych przez podmiot zamawiający lub przez prawo po rozpoczęciu świadczenia usług transportu publicznego, jeżeli ich spełnianie wiąże się z dodatkowymi kosztami.
- 21 Artykuł 38 rozporządzenia nr 2009/1226 stanowi, że podmiot zamawiający określa zakres strat, za które należy się przewoźnikowi rekompensata, w oparciu o sprawozdanie, o którym mowa w pkt 32.2 niniejszego rozporządzenia, oraz w oparciu o informacje, o których mowa w jego pkt 32.3 i 32.4, również z uwzględnieniem okoliczności, czy została ustalona, czy nie taryfa (dokument dotyczący transportu).
- 22 Na podstawie art. 39 rozporządzenia strona zamawiająca określa rzeczywiste straty na podstawie wszystkich przychodów uzyskanych przy wykonywaniu zamówienia na świadczenie usług transportu publicznego, z wyłączeniem uzasadnionych wydatków związanych ze świadczeniem usług transportu publicznego. W rozumieniu tego przepisu przez przychody rozumie się przychody ze sprzedaży biletów, włączywszy w to koszty abonamentów, oraz podobne przychody uzyskane przy wykonywaniu umowy świadczenia usług transportu publicznego.
- 23 Artykuł 40 rozporządzenia nr 2009/1226 przewiduje, że podmiot zamawiający ustala wysokość podlegającej wypłacie kompensaty, dodając do wysokości strat ustalonej na podstawie art. 39 tego rozporządzenia wysokość zysków. Zysk ustalony zostanie poprzez pomnożenie zysków przez procent zysku obliczony poprzez dodanie 2,5% do

średniej stopy procentowej kredytów w strefie euro oferowanych przez jeden bank innemu bankowi (Euribor) przez 12 miesięcy roku referencyjnego.

- 24 Sąd krajowy stwierdza, że zgodnie z art. 49 rzeczonoego rozporządzenia wysokość rekompensaty za straty nie może przekroczyć wysokości obliczonych rzeczywistych strat, jeżeli przewoźnik zastosował taryfy ustanowione przez podmiot zamawiający (cena transportu).
- 25 Zgodnie z art. 50 tego rozporządzenia, jeżeli prawo do świadczenia usług transportu publicznego zostanie przyznane na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych, to wysokość rekompensaty zostanie ustalona na podstawie różnicy pomiędzy ceną usług transportu publicznego ustaloną w umowie a rzeczywście osiągniętym przychodem.
- 26 Zgodnie z art. 57 rozporządzenia nr 2009/1226:
„[...] w razie rozwiązania umowy świadczenia usług transportu publicznego:
 - 1) przewoźnik zwróci stronie zamawiającej nadwyżkę wypłaconych funduszy, jeżeli w trakcie świadczenia usług transportu publicznego wysokość rekompensaty z tytułu strat przewyższy obliczoną rzeczywistą wartość kompensaty, a podmiot zamawiający przeznaczy te fundusze na rekompensatę strat innych przewoźników;
 - 2) strona zamawiająca wypłaci rekompensatę za straty, jeżeli w trakcie świadczenia usług transportu publicznego wysokość rekompensaty z tytułu strat była niższa niż obliczona faktyczna wysokość rekompensaty”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 27 W dniu 17 czerwca 2009 r. Ludzas rajona padome (rada rejonu Ludza) opublikowała ogłoszenie o przetargu dotyczącym praw do świadczenia usług autobusowego transportu publicznego w mieście i rejonie Ludza. W dniu 6 sierpnia 2009 r. skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym złożyły swoje oferty.
- 28 W dniu 31 sierpnia 2009 r. sporne zamówienie zostało przyznane Ludzas autotransporta uzņēmums SIA i w związku z tym w dniu 2 września 2009 r. Ludzas novada dome postanowiła zawrzeć umowę koncesji na usługi transportu publicznego z tą spółką.
- 29 W dniu 16 września 2009 r. skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym wniosły do Administratīvā rajona tiesa (rejonowego sądu administracyjnego) skargę o stwierdzenie nieważności ww. decyzji Ludzas novada dome z dnia 2 września 2009 r. i złożyły wniosek o jej zawieszenie. Skarga ta została uwzględniona orzeczeniem tego sądu z dnia 16 października 2009 r., potwierdzonym w dniu 14 grudnia 2009 r. przez Administratīvā apgabaltiesa (odwoławczy sąd administracyjny).
- 30 Sąd odsyłający zauważa, że obowiązujące przepisy krajowe przyznawały skarżącym w postępowaniu przed sądem krajowym prawo do zaskarżenia decyzji Ludzas novada dome z dnia 2 września 2009 r. do urzędu nadzoru nad zamówieniami publicznymi oraz że owo zaskarżenie uniemożliwiłoby organowi zamawiającemu udzielenia zamówienia przed wydaniem decyzji przez ten urząd.

- 31 W dniu 9 października 2009 r. Ludzas rajona padome i Ludzas autotransporta uzņēmums SIA zawarły umowę „koncesji” dotyczącą świadczenia odnośnych usług transportowych.
- 32 W związku z tym skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym wniosły do Administratīvā rajona tiesa skargę zmierzającą do stwierdzenia nieważności tej umowy. W dniu 3 grudnia 2009 r. rzeczona skarga została oddalona na tej podstawie, iż umowa ta należała do prawa prywatnego i w związku z tym sądy administracyjne nie były właściwe do jej rozpoznania.
- 33 W dniu 11 maja 2010 r. Administratīvā apgabaltiesa stwierdziła nieważność wyroku wydanego w pierwszej instancji, odrzucając jako niedopuszczalną skargę o stwierdzenie nieważności na tej podstawie, że umowa została zawarta przed upływem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66, ponieważ skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym nie miały prawa do występowania do sądów z taką skargą.
- 34 W dniu 21 maja 2010 r. skarżące te wniosły odwołanie od tej decyzji Administratīvā apgabaltiesa do sądu odsyłającego. Podniosły w szczególności, że dyrektywa 2007/66 przyznaje im podmiotowe prawo do wnoszenia o unieważnienie spornej umowy, co wynika z celu tej dyrektywy polegającego na przyznaniu osobom trzecim prawa do wnoszenia o to, aby umowa o udzielenie zamówienia publicznego udzielanego przez organy państwa lub społeczności lokalnych została uznana za bezskuteczną.
- 35 W tych okolicznościach Augstākās tiesas Senāts postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 [...] należy interpretować w ten sposób, że za umowę koncesji na usługi publiczne powinno się uznać umowę, przez którą oferentowi przyznaje się prawo do świadczenia autobusowych usług transportu publicznego w przypadkach, w których część wynagrodzenia stanowi prawo do gospodarczego wykorzystania usług transportu publicznego, przy czym jednocześnie organ zamawiający kompensuje usługodawcy straty powstałe w związku ze świadczeniem usług, a ponadto przepisy prawa publicznego regulujące świadczenie tych usług oraz umowa ograniczają ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług?
- 2) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, czy art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 [...] ma bezpośrednie zastosowanie na Łotwie z dniem 21 grudnia 2009 r.?
- 3) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie, czy art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13/EWG należy interpretować w ten sposób, iż ma on zastosowanie do zamówień publicznych, które zostały udzielone przed upływem terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66 [...]?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 36 Tytułem wstępu należy zauważyć, że zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/17 ma ona zastosowanie do jednostek zamawiających, które są „podmiotami zamawiającymi” w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, wśród których znajdują

się „jednostki samorządu terytorialnego”, i które „prowadzą działalność, o której mowa w art. 3–7” tej dyrektywy.

- 37 Zdaniem sądu odsyłającego sprawa w postępowaniu przed nim objęta jest dyrektywą 2004/17 w zakresie, w jakim odnośny podmiot zamawiający prowadzi działalność w dziedzinie transportu autobusowego w rozumieniu art. 5 ust. 1 tej dyrektywy.
- 38 Z kolei zdaniem łotewskiego rządu, ponieważ podmiot ten nie świadczy sam powszechnych usług transportowych na rzecz mieszkańców, do sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym ma zastosowanie dyrektywa 2004/18.
- 39 W tym zakresie wystarczy stwierdzić, że dyrektywa 2004/18 zawiera w art. 1 ust. 2 lit. a) i w art. 1 ust. 4 definicje „zamówienia publicznego na usługi” i „koncesji na [analogiczne] usługi”, co do zasady podobne do odpowiadających im definicji znajdujących się w art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17. Podobieństwo to wymaga, aby te same rozważania zastosować w celu dokonania wykładni pojęć zamówienia na usługi i koncesji usług w zakresach zastosowania obu wspomnianych dyrektyw (wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 Eurawasser, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 42, 43). W związku z tym wykładnię art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 można bezpośrednio przenieść na odpowiadające im przepisy dyrektywy 2004/18, co zresztą przyznaje rząd łotewski.
- 40 Kwestia, czy dana transakcja powinna zostać zakwalifikowana jako koncesja na usługi czy jako zamówienie publiczne na usługi, musi być oceniana wyłącznie w świetle prawa Unii (zob. w szczególności wyrok z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Z pojęć zamówienia publicznego na usługi oraz koncesji na usługi, zdefiniowanych, odpowiednio, w art. 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/17, wynika że różnica pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi spoczywa w wynagrodzeniu za świadczenie usług. Zamówienie na usługi zawiera wynagrodzenie, które jest płacone bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy, podczas gdy w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świadczenie usług polega albo na samym prawie do gospodarczego wykorzystania usługi bądź na tym prawie wraz z ceną (zob. podobnie w szczególności ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 51).
- 42 Jeżeli chodzi o zamówienie dotyczące świadczenia usług, okoliczność, iż kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od organu zamawiającego, lecz ma prawo do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, spełnia wymogi wynagrodzenia przewidzianego w art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 57).
- 43 Tak jest wówczas, gdy tak jak w niniejszej sprawie, świadczący usługi autobusowego transportu publicznego ma prawo gospodarczego wykorzystania usług, za które otrzymuje wynagrodzenie od osób trzecich według ustalonej taryfy.
- 44 O ile sposób wynagradzania jest jednym z elementów decydujących przy dokonywaniu kwalifikacji danej czynności jako koncesji na usługi, o tyle z orzecznictwa wynika ponadto, że koncesja na usługi oznacza, iż koncesjonariusz przejmuje ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usługi publicznej i że brak przeniesienia na usługodawcę tego ryzyka wskazuje na to, iż omawiana czynność stanowi zamówienie publiczne na usługi, a nie koncesję na usługi (zob.

w szczególności ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 26).

- 45 W związku z tym należy sprawdzić, czy usługodawca przejmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług. Ryzyko to wprawdzie od początku może być bardzo ograniczone, jednakże dla zakwalifikowania jako koncesja na usługi wymaga się, aby instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub przynajmniej znaczną część ponoszonego przez nią ryzyka (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 29).
- 46 W rzeczywistości bowiem wiadomo, że pewne sektory działalności, w szczególności sektor działalności użyteczności publicznej, taki jak sporny w postępowaniu przed sądem krajowym, są przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego. Po pierwsze warunki prawa publicznego, którym poddane jest gospodarcze i finansowe wykorzystanie usługi, ułatwia kontrolę jej prowadzenia i redukuje czynniki mogące naruszyć przejrzystość lub zniekształcić konkurencję. Po drugie, należy umożliwić działającym w dobrej wierze instytucjom zamawiającym zapewnienie dostawy usług przy pomocy koncesji, jeśli uznają, że jest to najlepszy sposób zagwarantowania danych usług publicznych nawet wówczas, gdy ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług jest bardzo ograniczone (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 72–74).
- 47 W takich okolicznościach, ponieważ instytucja zamawiająca nie ma żadnego wpływu na warunki prawa publicznego mające zastosowanie do organizacji usługi, niemożliwe jest, by wprowadziła ona a zatem i przeniosła czynniki ryzyka, które są wyłączone przez te przepisy. Nie byłoby ponadto 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 (zob. ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 75, 76).
- 48 Ryzyko związane z prowadzeniem działalności należy rozumieć jako ryzyko narażenia na niebezpieczeństwa rynku (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 67), które może się przekładać na ryzyko konkurencji ze strony innych wykonawców, ryzyko braku równowagi pomiędzy podażą 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 ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 37).
- 49 Natomiast ryzyko takie jak ryzyko nieprawidłowego zarządzania przedsiębiorstwem lub ryzyko popełnienia przez wykonawcę błędów w ocenie nie ma decydującego znaczenia dla zakwalifikowania umowy jako zamówienia publicznego lub jako koncesji na usługi, albowiem te rodzaje ryzyka są związane z każdą umową, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne, czy też o koncesję na usługi (ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 38).
- 50 O ile, o czym mowa w pkt 45 niniejszego wyroku, ryzyko gospodarcze związane z prowadzeniem działalności może od samego już początku być ograniczone ze względu na warunki prawa publicznego organizacji usługi, to jednak dla zakwalifikowania jako koncesji na świadczenie usług wymaga się, aby organ zamawiający przeniół na koncesjonariusza całe, lub przynajmniej znaczną część ponoszonego przezeń ryzyka związanego z działalnością.

- 51 Tymczasem zgodnie ze wskazówkami przekazanymi przez sąd odsyłający uregulowanie mające zastosowanie do sprawy przed sądem krajowym przewiduje, że podmiot zamawiający kompensuje usługodawcy straty związane z prowadzeniem działalności, a ponadto, na podstawie przepisów prawa publicznego i warunków umownych regulujących świadczenie tych usług, usługodawca nie ponosi „znacznej części ryzyka związanego z działalnością”.
- 52 W tym zakresie sąd krajowy podnosi w szczególności, że poprzez warunki umowne zamawiający kompensuje w zakresie przeznaczonych na ten cel środków z budżetu państwa straty związane ze świadczeniem usług transportowych związane z tym świadczeniem, a także koszty związane po odliczeniu przychodów z gospodarczego wykorzystania usług transportowych.
- 53 Ponadto na podstawie art. 2 i 3 rozporządzenia nr 2009/1226 przewoźnik otrzymuje rekompensatę z tytułu strat związanych z wykonaniem zamówienia, w zakresie niezbędnych kosztów związanych z wykonywaniem umowy świadczenia usług transportu publicznego, które przekraczają uzyskane przychody, utraty przychodów, które wynikają z zastosowania przez stronę zamawiającą zniżek w cenie transportu dla określonych kategorii pasażerów, oraz kosztów poniesionych w związku ze spełnianiem wymogów dotyczących jakości ustanowionych po rozpoczęciu świadczenia usług transportu publicznego, jeżeli ich spełnianie wiąże się z dodatkowymi kosztami w porównaniu do wcześniejszych wymogów dotyczących jakości.
- 54 Do tego należy dodać, że art. 40 rozporządzenia nr 2009/ 1226 przewiduje wypłatę podmiotowi wykonującemu zamówienie kwoty tytułem zysku, która ustalana jest poprzez pomnożenie zysków przez procent zysku obliczony poprzez dodanie 2,5% do średniej stopy procentowej kredytów w strefie EURO oferowanych przez jeden bank innemu bankowi (Euribor) przez 12 miesięcy roku referencyjnego.
- 55 Z uwagi na rzeczony warunki i przepisy prawa krajowego nie można stwierdzić, że znaczna część ryzyka narażania na niebezpieczeństwa rynku jest ponoszona przez podmiot wykonujący zamówienie. W związku z tym taka transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako „zamówienie na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/17, a nie jako „koncesja na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) tej dyrektywy.
- 56 W trakcie rozprawy przed Trybunałem strony nie były zgodne co do zakresu ryzyka rzeczywiście ponoszonego przez podmiot wykonujący usługi. I tak rząd łotewski oraz pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym, w przeciwieństwie do skarżących w tym postępowaniu i Komisji Europejskiej, stwierdziły, że różne czynniki, takie jak obniżenie środków publicznych przeznaczonych na pokrycie ewentualnych strat, brak pokrycia nieurodzajów kosztów i strat, w szczególności związanych ze zmianą rozkładu jazdy lub trasy, lub nawet niepewność co do zapotrzebowania użytkowników, zwiększają ryzyko w taki sposób, że znaczna jego część będzie w rzeczywistości ponoszona przez podmiot wykonujący zamówienie, tym bardziej że czas trwania umowy wynosi osiem lat. W związku z tym miałyby chodzić o koncesję na usługi.
- 57 Do Trybunału nie należy dokonywanie kwalifikacji prawnej transakcji będących przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, ponieważ taka kwalifikacja należy do wyłącznej kompetencji sądu krajowego. Rola Trybunału sprowadza się do dokonania na rzecz tego sądu wykładni prawa Unii, użytecznej dla orzeczenia, które sąd ten ma wydać w zawisłej przed nim sprawie (zob. w szczególności wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 32).

- 58 Tylko sąd krajowy jest w stanie, po pierwsze, dokonać wykładni przepisów prawa krajowego, i po drugie, ocenić część ryzyka, które rzeczywiście jest ponoszone przez kontrahenta na podstawie danego prawa i przepisów umownych. Niemniej jednak ocena spornej transakcji w świetle przepisów rozporządzenia i postanowień umownych, takich jak zostały przedstawione w postanowieniu odsyłającym, na pierwszy rzut oka prowadzi do wniosku, iż rzeczona transakcja ma cechy charakterystyczne zamówienia na usługi.
- 59 Z uwagi na powyższe na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż dyrektywa 2004/17 powinna być interpretowana w ten sposób, że „zamówieniem na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jest umowa, przez którą kontrahent na podstawie przepisów prawa publicznego i klauzul umownych regulujących świadczenie usług nie przejmuje znacznej części ryzyka, które ponosi organ zamawiający. Do sądu krajowego należy ocena, czy sporna w postępowaniu przed nim transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako koncesja na usługi lub jako zamówienie publiczne na usługi z uwzględnieniem wszystkich charakterystycznych cech rzeczonyj transakcji.

W przedmiocie pytania drugiego i pytania trzeciego

- 60 Przez pytania te, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd krajowy usiłuje ustalić, czy w sytuacji, w której sporną w postępowaniu krajowym umowę należy zaklasyfikować jako „zamówienie publiczne na usługi” w rozumieniu dyrektywy 2004/17, art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13, który na podstawie art. 1 tej dyrektywy ma zastosowanie do tego zamówienia, nawet wówczas gdy zostało ono udzielone przed upływem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66, która wprowadziła rzeczony art. 2d ust. 1 lit. b) do dyrektywy 92/13, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy ostatni z wymienionych przepisów ma bezpośrednie zastosowanie.
- 61 Na wypadek gdyby, jak twierdzi rząd łotewski, dyrektywa 2004/18 była bezpośrednio stosowana, co należy do oceny sądu krajowego, należy podnieść, że art. 1 dyrektywy 2007/66 wprowadził do dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej przez dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. (Dz.U. L 209, s. 1) przepisy identyczne jak przepisy art. 2d i 2f dyrektywy 92/13, toteż interpretacja tych ostatnich przepisów może zostać bezpośrednio przeniesiona na odpowiednie przepisy dyrektywy 89/665.
- 62 Zgodnie z art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego między innymi, gdy została ona zawarta w sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia lub gdy została ona zawarta z naruszeniem okresu zawieszenia przewidzianego w art. 2a ust. 2 tej dyrektywy.
- 63 Bez konieczności rozstrzygnięcia kwestii, czy po wygaśnięciu terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66 jednostka może powoływać się na art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 przed sądami krajowymi wobec organu zamawiającego takiego jak pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym, wystarczy wskazać, że rzeczony przepis nie ma w żadnym wypadku zastosowania do zamówień, które, tak jak w postępowaniu przed sądem krajowym, zostały zawarte przed upływem w dniu

20 grudnia 2009 r. terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66, ponieważ jego transpozycja nie została dokonana przed upływem tego terminu.

- 64 Wiadomo, że decyzja o udzieleniu spornego zamówienia została wydana w dniu 2 września 2009 r. oraz że sporna umowa została zawarta w dniu 9 października 2009 r.
- 65 Okoliczność, iż zgodnie z art. 2f) ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 państwa członkowskie mogą postanowić, że wniesienie odwołania zgodnie z art. 2d ust. 1 tej dyrektywy powinno nastąpić w każdym razie przed upływem „okresu co najmniej 6 miesięcy ze skutkiem od dnia następującego po dniu zawarcia umowy”, nie pozwala na stwierdzenie, że zamówienie, takie jak sporne w postępowaniu przed sądem krajowym, które zostało udzielone w terminie sześciu miesięcy poprzedzającego wygaśnięcie terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66, może być objęte zakresem zastosowania art. 2d ust. 1 lit. b).
- 66 W braku jakiegokolwiek wskazówki w dyrektywie 2007/66 dotyczącej mocy wstecznej odnośnego przepisu sprzeczne z zasadą pewności prawa byłoby twierdzenie, iż ów przepis ma zastosowanie do zamówień, które zostały udzielone przed datą upływu terminu na transpozycję rzeczowej dyrektywy.
- 67 Z uwagi na powyższe rozważania na pytania drugie i trzecie należy odpowiedzieć, że art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 nie ma zastosowania do zamówień publicznych udzielonych przed wygaśnięciem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66.

W przedmiocie kosztów

- 68 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 (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych powinna być interpretowana w ten sposób, że „zamówieniem na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jest umowa, przez którą kontrahent na podstawie przepisów prawa publicznego i klauzul umownych regulujących świadczenie usług nie przejmuje znacznej części ryzyka, które ponosi organ zamawiający. Do sądu krajowego należy ocena, czy sporna w postępowaniu przed nim transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako koncesja na usługi lub jako zamówienie publiczne na usługi z uwzględnieniem wszystkich charakterystycznych cech rzeczowej transakcji.**
- 2) **Artykuł 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach**

zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., nie ma zastosowania do zamówień publicznych udzielonych przed wygaśnięciem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66.

Podpisy

*Język postępowania: łotewski.