

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JÁNA MAZÁKA

przedstawiona w dniu 9 września 2010 r.¹

1. W niniejszej sprawie po raz kolejny zwrócono się do Trybunału o orzeczenie w kwestii kryteriów pozwalających na odróżnienie koncesji na usługi od zamówienia publicznego na usługi.

b) w przypadku nieosiągnięcia porozumienia przewidziane jest orzeczenie wyznaczonego w tym celu organu arbitrażowego, które podlega kontroli sądów państwowych, oraz

2. Pytania prejudycjalne przedłożone przez Oberlandesgericht München (Niemcy) zostały sformułowane w sposób następujący:

„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

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,

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),

winna być uważana z tego tylko powodu za koncesję na usługi w rozumieniu 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 usługi² – w odróżnieniu od zamówienia na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i d) tej dyrektywy?

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Dz.U. L 134, s. 114.

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 niezależne 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?”

3. Odpowiedź Trybunału na przedstawione pytania winna dopomóc sądowi krajowemu w wydaniu rozstrzygnięcia w przedmiocie zażalenia natychmiastowego wniesionego przez Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (zwanego dalej „Stadlerem”) na postanowienie Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej

Bawarii), mocą którego oddaliła ona wniosek o przeprowadzenie kontroli złożony przez Stadlera dotyczący postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi w dziedzinie ratownictwa przeprowadzonego przez Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (gminny związek ratownictwa i ochrony przeciwpożarowej w Passau, zwany dalej „gminnym związkiem Passau”) w rozumieniu ustawy bawarskiej dotyczącej usług z zakresu ratownictwa (Bayerisches Rettungsdienstgesetz, zwanej dalej „BayRDG”) jako niedopuszczalny, ponieważ zadanie polegające za świadczeniu usług z zakresu ratownictwa stanowiło koncesję na usługi niewchodzącą w zakres przepisów regulujących zamówienia publiczne.

4. W opinii Stadlera, który świadczył usługi z zakresu ratownictwa na rzecz gminnego związku Passau do dnia 31 grudnia 2008 r.³, sporne zamówienie stanowi nie koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18, lecz zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i d) tej dyrektywy.

5. Gminny związek Passau natomiast, będący stroną pozwaną w postępowaniu przed sądem krajowym, a także obaj interwenienci uczestniczący w tym postępowaniu,

3 — Umowy zawarte pomiędzy Stadlerem a gminnym związkiem Passau zostały rozwiązane z inicjatywy tego związku. Wydaje się, że rozwiązanie umów było związane z BayRDG, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2009 r., a konkretnie z art. 13 ust. 1 tej ustawy zawierającym wykaz instytucji, którym należy w pierwszej kolejności powierzać wykonywanie usług z zakresu ratownictwa.

mianowicie Malteser Hilfsdienst e.V. i Bayerisches Rotes Kreuz (bawarski czerwony krzyż)⁴, twierdzą, że sporne umowy stanowią koncesję na usługi.

6. W postępowaniu przed Trybunałem uwagi na piśmie przedłożyły nie tylko strony w postępowaniu przed sądem krajowym, ale również Republika Federalna Niemiec, Republika Czeska oraz Komisja Wspólnot Europejskich. Podczas rozprawy w dniu 24 czerwca 2010 r. Trybunał wysłuchał wystąpień Królestwa Szwecji oraz wymienionych powyżej uczestników, z wyjątkiem Republiki Czeskiej.

Przepisy krajowe

7. W Niemczech w dziedzinie publicznych usług z zakresu ratownictwa jednostki samorządu terytorialnego, jako organy odpowiedzialne za organizację tych usług, zawierają umowy z usługodawcami w celu ich zapewnienia wszystkim mieszkańcom podległego im terytorium.

8. W różnych krajach związkowych istnieją dwa odmienne sposoby wynagradzania

4 — Chodzi o podmioty, z którymi gminny związek Passau, po rozwiązaniu umów zawartych ze Stadlerem, zawarł umowy o świadczenie usług z zakresu ratownictwa.

podmiotów świadczących omawiane usługi. Zgodnie z pierwszym określanym mianem „przetargowy” wynagrodzenie jest wypłacane bezpośrednio przez jednostkę samorządu terytorialnego⁵. Według drugiego sposobu zwanego „koncesyjnym” wynagrodzenie usługodawców za świadczenie usług z zakresu ratownictwa pobierane jest przez samych usługodawców w formie opłat od pacjentów lub instytucji zabezpieczenia społecznego.

9. W Bawarii – kraju związkowym, w którym toczy się postępowanie przed sądem krajowym, przyjęto model koncesyjny. Usługi z zakresu ratownictwa obejmujące: ratownictwo w nagłych wypadkach, transport pacjentów z udziałem lekarza, transport chorych, ratownictwo górskie i jaskiniowe, a także ratownictwo wodne są uregulowane w Bawarii przez BayRDG – ustawę, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2009 r.

10. W zakresie usług z zakresu ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza i transportu chorych art. 13 ust. 1 i 2 BayRDG przewiduje, że gminne związki ratownictwa i ochrony przeciwpożarowej powierzają ich wykonywanie organizacjom zajmującym się niesieniem pomocy, takim jak Bayerisches Rotes Kreuz, Arbeiter-Samariter-Bund (samarytańska federacja pracowników), Malteser Hilfsdienst (maltańska służba medyczna), Johanniter-Unfall-Hilfe (joannicka służba ratownicza). Wyłącznie

5 — Z postanowienia odsyłającego wynika, że Bundesgerichtshof (federalny sąd najwyższy) orzekł już w przeszłości, iż model przetargowy należy traktować jako zamówienie publiczne na usługi. Z wyroku Trybunału z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 Niemcy przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-3713, można wywnioskować, że Trybunał jest tego samego zdania.

w przypadku gdy organizacje zajmujące się niesieniem pomocy nie są skłonne albo nie są w stanie przejąć wykonania zadania, gminne związki ratownictwa i ochrony przeciwpożarowej powierzają świadczenie omawianych usług ratownictwa lądowego osobom trzecim bądź wykonują je samodzielnie albo za pośrednictwem swoich członków.

11. Zgodnie z art. 13 ust. 4 BayRDG stosunek prawny pomiędzy gminnym związkiem ratownictwa i ochrony przeciwpożarowej a wykonawcą usług z zakresu ratownictwa jest uregulowany w drodze umowy publicznoprawnej.

12. Artykuł 21 BayRDG przewiduje, że 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. Zgodnie z art. 24 ust. 2 BayRDG zezwolenie to wydaje się w następstwie przedłożenia umowy publicznoprawnej na podstawie art. 13 ust. 4 tej ustawy.

13. Artykuł 32 BayRDG stanowi, że za usługi z zakresu ratownictwa, w tym z udziałem lekarzy, pobierane są opłaty za korzystanie, które są oparte na kosztach szacowanych zgodnie z zasadami zarządzania przedsiębiorstwem

oraz odpowiadają prawidłowemu świadczeniu usług, gospodarnemu i oszczędnemu zarządzaniu, a także efektywnej organizacji.

14. Przysługujące wykonawcom usług opłaty za korzystanie z usług ratownictwa w nagłych wypadkach, transportu pacjentów z udziałem lekarza albo transportu chorych zostały uregulowane w art. 34 BayRDG, który ma następujące brzmienie:

„[...]

(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.

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.

(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

(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, transport pacjentów z udziałem lekarza oraz transport 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”.
15. Skład organu arbitrażowego właściwego w sprawach opłat za korzystanie z usług został określony w art. 48 BayRDG. W myśl tego przepisu w sporach dotyczących opłat za korzystanie z usług ratownictwa lądowego w jego skład wchodzi trzech członków reprezentujących wykonawców usług ratownictwa lądowego i trzech członków reprezentujących instytucje zabezpieczenia społecznego oraz przewodniczący, który jest powoływany wspólnie przez wykonawców publicznych usług z zakresu ratownictwa, bawarskie stowarzyszenie lekarzy, którzy podpisali umowę z kasą chorych, podmioty odpowiedzialne za zapewnienie udziału lekarzy w transporcie chorych oraz instytucje zabezpieczenia społecznego.
 16. Artykuł 53 BayRDG upoważnia organy administracji centralnej właściwe w zakresie

usług z zakresu ratownictwa, mianowicie ministra spraw wewnętrznych kraju związkowego Bawarii, do powołania w drodze rozporządzenia centralnego biura ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii.

Niemniej jednak, nawet jeśli zgodnie z obowiązującym stanem prawnym Unii umowy koncesji na usługi nie są uregulowane w żadnej 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 WE, w szczególności art. 43 WE i 49 WE, jak i obowiązku przejrzystości, który z nich wynika⁷.

Ocena

17. Zadaniem sądu krajowego jest rozstrzygnięcie, czy umowy zawarte zgodnie z modelem koncesyjnym winny być traktowane jako koncesja na usługi, czy też bez względu na nazwę danego modelu – jako zamówienie na usługi. Należy przypomnieć w tym względzie, że kwestia ta winna być oceniana wyłącznie w świetle prawa Unii⁶, w niniejszym przypadku w świetle definicji pojęć „zamówienia publiczne”, „zamówienia publiczne na usługi” oraz „koncesja na usługi” figurujących w art. 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz ust. 4 dyrektywy 2004/18, a także w świetle dotyczącego tej kwestii orzecznictwa Trybunału.

18. Ponieważ art. 17 dyrektywy 2004/18 stanowi, iż dyrektywa ta nie ma zastosowania do koncesji na usługi, kwalifikacja spornych umów wpływa na procedurę ich zawarcia.

19. Pragnę dodatkowo podkreślić w tym względzie, że kwalifikacja umów zawartych zgodnie z modelem koncesyjnym nie należy do Trybunału w ramach postępowania w przedmiocie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, lecz do sądu krajowego. Zadanie Trybunału polega na udzieleniu odpowiedzi na dwa pytania prejudycjalne, które są ze sobą ściśle powiązane i które – moim zdaniem – należy poddać łącznej analizie, oraz na wyjaśnieniu i dookreśleniu kryteriów użytecznych w celu dokonania takiej kwalifikacji⁸.

20. Należy na wstępie wskazać na podobieństwo pomiędzy pytaniami prejudycjalnymi przedłożonymi w niniejszej sprawie i pytaniami w sprawie zakończony wyrokiem z dnia 10 września 2009 r. w sprawie Eurawasser⁹. W obu przypadkach sądy krajowe usiłowały ustalić co do zasady, czy po pierwsze fakt, że usługodawca nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od organu publicznego,

6 — Zobacz 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, Zb.Orz. s. I-9913, pkt 38.

7 — Zobacz wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, Zb.Orz. s. I-2815, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

8 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 32.

9 — C-206/08, Zb.Orz. s. I-8377.

z którym jest związany umową, oznacza sam przez się, że umowa ta winna być zakwalifikowana jako koncesja na usługi, a po drugie, czy dla kwalifikacji tej umowy decydujące znaczenie ma, że ciężące na usługodawcy ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usług będących przedmiotem umowy jest od początku ograniczone, to znaczy nawet w przypadku świadczenia usług przez dany organ publiczny.

21. Pytania prejudycjalne odnoszą się zatem do dwóch kryteriów, których Trybunał użył dla odróżnienia koncesji na usługi od zamówienia na usługi. Chodzi tu po pierwsze o „brak bezpośredniego wynagrodzenia” usługodawcy, to znaczy wynagrodzenie nie pochodzi od organu publicznego udzielającego zamówienia na daną usługę, ale od osób trzecich, a po drugie o „poniesienie ryzyka prowadzenia działalności związanej z wykonywaniem danej usługi”.

22. Trybunał wyjaśnił wzajemną zależność wspomnianych powyżej obu kryteriów w wyroku w sprawie *Parking Brixen*¹⁰, orzekając, że brak bezpośredniego wynagrodzenia usługodawcy oznacza, że to on ponosi ryzyko świadczenia danych usług, co tym samym stanowi cechę charakterystyczną koncesji na usługi publiczne.

23. W wyroku w sprawie *Komisja przeciwko Włochom*¹¹ Trybunał zgodnie z definicją pojęcia „koncesja na usługi” przyjętą w dyrektywie 2004/18 zastąpił kryterium braku bezpośredniego wynagrodzenia kryterium „wynagrodzenia polegającego na prawie usługodawcy do gospodarczego wykorzystania świadczonej przez niego usługi”. Stosując to kryterium, Trybunał uznał zatem, że z koncesją na usługi mamy do czynienia wówczas, gdy uzgodniony sposób wynagrodzenia polega na prawie do gospodarczego wykorzystania usługi oraz usługodawca ponosi ryzyko związane ze świadczeniem danych usług. Trybunał potwierdził następnie tę wykładnię w wyroku w sprawie *Acoset*¹².

24. W wyroku w sprawie *Eurawasser*¹³ Trybunał powrócił do kryterium braku bezpośredniego wynagrodzenia, wyjaśniając, że fakt, iż usługodawca jest wynagradzany kwotami pochodzącymi od osób trzecich, jest jedną z postaci, jaką może przybrać wykonywanie przyznanego usługodawcy prawa do gospodarczego wykorzystania usługi.

25. W mojej opinii stwierdzenia Trybunału przytoczone powyżej świadczą o decydującym charakterze kryterium braku bezpośredniego wynagrodzenia dla zakwalifikowania umowy dotyczącej usług jako koncesji na usługi, skoro ze stanowiska Trybunału wynika, że brak bezpośredniego wynagrodzenia usługodawcy jest jedną z postaci, jaką

11 — Przytoczony w przypisie 6, pkt 34.

12 — Przytoczony w przypisie 6, pkt 39.

13 — Przytoczony w przypisie 9, pkt 53.

10 — Przytoczony w przypisie 8, pkt 40.

może przybrać wykonywanie przyznanego usługodawcy prawa do gospodarczego wykorzystania usługi i oznacza jednocześnie, że usługodawca ponosi ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem danych usług¹⁴.

26. Jeżeli weźmiemy pod uwagę wzajemne zależności pomiędzy definicjami pojęcia zamówienia publicznego na usługi i koncesji na usługi zawartymi w dyrektywie 2004/18, to dojdziemy do jednakowego wniosku. Definicje te dotyczą wszystkich umów o świadczenie usług zawartych przez organy publiczne. Wynika stąd, że jeśli dana umowa nie jest zamówieniem publicznym na usługi, jest ona niewątpliwie koncesją na usługi i vice versa. Wobec tego, skoro Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że wynagrodzenie wypłacane bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy stanowi kryterium definicji zamówienia publicznego na usługi¹⁵, brak takiego sposobu wynagradzania oznacza bezwzględnie, że mamy do czynienia z koncesją na usługi.

14 — W orzecznictwie Trybunału można również odnaleźć wyroki, w których pośredni charakter wynagrodzenia był sam w sobie wystarczającą podstawą dla Trybunału, by uznać, że sporna umowa stanowi koncesję na usługi. Mam tu na myśli na przykład wyroki: z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 16; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, s. 24.

15 — Zobacz podobnie wyroki: w sprawie Parking Brixen (przytoczony w przypisie 8, pkt 39); w sprawie Eurawasser (przytoczony w przypisie 9, pkt 51); w sprawie Acoset (przytoczony w przypisie 6, pkt 39).

27. Reasumując, jak wynika z przytoczonych powyżej wyroków, brak bezpośredniego wynagrodzenia usługodawcy powoduje zakwalifikowanie spornej umowy dotyczącej usług jako koncesji na usługi.

28. Jednakże bezpośrednie wynagrodzenie usługodawcy przez dany organ publiczny nie przesądza bezwzględnie o istnieniu zamówienia publicznego na usługi. Ze stanowiska Trybunału, zgodnie z którym pośrednie wynagrodzenie jest „jedną z postaci”, jaką może przybrać wykonywanie przyznanego usługodawcy prawa do gospodarczego wykorzystania usługi¹⁶, wynika, iż istnieją również inne postaci, jakie może przyjąć wykonywanie prawa do gospodarczego wykorzystania usługi. Wyjaśnia to, dlaczego w wyrokach z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse i in.¹⁷, w sprawie Komisja przeciwko Włochom¹⁸, a także z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie Hans & Christophorus Oymanns¹⁹ Trybunał rozważał kwestię, czy sporne w tych sprawach umowy mogą stanowić koncesje na usługi, mimo że usługodawcy byli wynagradzani bezpośrednio przez określone organy publiczne.

29. W przywołanych wyrokach Trybunał określił „pomocnicze kryteria”, które w przypadku występowania bezpośredniego wynagrodzenia pozwalają na wyciągnięcie

16 — Wyrok w sprawie Eurawasser (przytoczony w przypisie 9, pkt 53).

17 — C-234/03, Zb.Orz. s. I-9315.

18 — Przytoczony w przypisie 6.

19 — C-300/07, Zb.Orz. s. I-4779.

wniosku, że usługodawca wziął na siebie ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem spornej usługi, takie jak kryterium przeniesienia odpowiedzialności za wszelkie szkody powstałe w wyniku uchybienia w świadczeniu danych usług²⁰ lub kryterium istnienia pewnej swobody gospodarczej w celu ustalenia warunków korzystania z określonej usługi²¹. Poza tym Trybunał sprecyzował również – oczywiście nie usiłując stworzyć kompletnego wykazu – cechy charakterystyczne, które nie są decydujące dla zakwalifikowania spornych umów, takie jak czas trwania spornych umów, istotne inwestycje początkowe poniesione przez usługodawcę czy też znaczna samodzielność w wykonywaniu usług przez usługodawcę²².

30. Należy jednak stwierdzić, że „pomocnicze kryteria” były stosowane jedynie w przypadku występowania bezpośredniego wynagradzania usługodawcy. Może to wskazywać, że brak bezpośredniego wynagradzania usługodawcy stanowi wystarczające kryterium dla zakwalifikowania danej umowy jako koncesji na usługi.

31. W niniejszej sprawie jest oczywiste, że podmiot świadczący sporne usługi z zakresu ratownictwa jest wynagradzany nie przez organ publiczny, który udzielił mu zamówienia na omawiane usługi, ale przez osoby trzecie, mianowicie instytucje zabezpieczenia

społecznego, osoby ubezpieczone prywatnie i osoby nieubezpieczone²³.

32. Z zastrzeżeniem sprawdzenia przez sąd krajowy wydaje mi się, że nawet jeśli same instytucje zabezpieczenia społecznego mogłyby być traktowane jako instytucje zamawiające w rozumieniu definicji zamieszczonej w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18, stanowią one podmioty wystarczająco odrębne i niezależne od organów publicznych, które udzieliły zamówienia na omawiane usługi, aby podtrzymywać tezę, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem usługodawcy „przez osoby trzecie”²⁴.

33. Cechą szczególną niniejszej sprawy jest fakt, iż jednostki, które ponoszą opłaty za korzystanie z usług, mianowicie instytucje zabezpieczenia społecznego, osoby ubezpieczone prywatnie oraz osoby nieubezpieczone, uiszczają te opłaty nie bezpośrednio na rachunek usługodawcy świadczącego usługi w zakresie ratownictwa, ale na rachunek centralnego biura ds. rozliczeń usług z zakresu ratownictwa w Bawarii. Należy w związku z tym ustalić, czy okoliczność ta może mieć wpływ na stwierdzenie, zgodnie z którym brak bezpośredniego wynagrodzenia

20 — Wyrok w sprawie Contse i in. (przytoczony w przypisie 17, pkt 22).

21 — Wyrok w sprawie Hans & Christophorus Oymanns (przytoczony w przypisie 19, pkt 71).

22 — Wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom (przytoczony w przypisie 6, pkt 42, 44).

23 — Strony w postępowaniu przed sądem krajowym zgodnie twierdzą, że około 10 % opłat za korzystanie z usług ponoszą osoby ubezpieczone prywatnie i osoby nieubezpieczone.

24 — Instytucje zabezpieczenia społecznego znajdowały się również w centrum sprawy Hans & Christophorus Oymanns zakończonej wyrokiem (przytoczonym w przypisie 19). Podczas gdy w owej sprawie instytucje zabezpieczenia społecznego miały status organu publicznego, który udzielił zamówienia na sporną usługę i jednocześnie wypłacał wynagrodzenie należne tytułem świadczenia wzajemnego za świadczenie wspomnianej usługi, w niniejszej sprawie ograniczają się one do wypłaty wynagrodzenia należnego tytułem świadczenia wzajemnego za świadczone usługi.

usługodawcy stanowi kryterium wystarczające dla zakwalifikowania danej umowy jako koncesji na usługi.

34. Jestem zdania, że należy udzielić odpowiedzi przeczącej na to pytanie. Fakt, że w stosunkach pomiędzy usługodawcą a płatnikiem za usługi występuje jakiś „pośrednik”, nie podważa w żadnym stopniu innego ustalenia, że usługodawca nie jest wynagradzany bezpośrednio przez organ publiczny, który udzielił mu zamówienia na omawiane usługi, zwłaszcza w sytuacji gdy dany organ publiczny nie ma żadnego wpływu na płatności.

35. Skłania mnie to do wyciągnięcia wniosku, że brak bezpośredniego wynagrodzenia usługodawcy przez organ publiczny, który udzielił mu zamówienia na omawiane usługi, stanowi kryterium wystarczające do zakwalifikowania tej umowy jako koncesji na usługi. W tym względzie niewielkie znaczenie ma, po pierwsze, kto wypłaca wynagrodzenie należne z tytułu świadczonych usług, zakładając, że jest to podmiot wystarczająco odrębny i niezależny od organu publicznego, który udzielił zamówienia na dane usługi, a po drugie, jakie są szczegółowe zasady wypłaty wynagrodzenia.

36. Co się tyczy kwestii, czy dla zakwalifikowania tego rodzaju umowy o świadczenie usług jako koncesji na usługi decydujące znaczenie ma fakt, że ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem danych usług, jakie ponosi usługodawca, jest od początku ograniczone, to znaczy nawet w przypadku świadczenia usług przez instytucję zamawiającą, jestem zdania, że odpowiedź powinna opierać się na wyroku w sprawie *Eurawasser*²⁵.

37. Wprawdzie w niniejszej sprawie kwestia, w jakim stopniu ryzyko prowadzenia działalności jest związane ze świadczeniem usług w zakresie ratownictwa, mogłaby stanowić okazję do dyskusji, jednak chodzi tu o ustalenia faktyczne, które w razie potrzeby winny być dokonane przez sąd krajowy.

38. Stopień ryzyka prowadzenia działalności związanej ze świadczeniem omawianych usług nie jest bowiem decydujący. Decydujące znaczenie ma przeniesienie ryzyka na usługodawcę, na jakie narażony byłby sam organ publiczny udzielający zamówienia na usługi, których sprawa dotyczy, jeżeli on sam miałby świadczyć te usługi²⁶.

²⁵ — Przytoczony w przypisie 9.

²⁶ — W opinii z dnia 29 października 2009 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki i in.*, w których w dniu 6 maja 2010 r. został wydany wyrok (Zb.Orz.s.I-4165), rzecznik generalny E. Sharpston doszła do podobnego wniosku, uznając, że decydującym elementem nie jest to, czy ryzyko prowadzenia działalności jest samo w sobie znaczące, ale fakt, że jakiegokolwiek ryzyko, które wcześniej ponosiła instytucja zamawiająca, zostaje przeniesione w całości lub w znacznej części na wykonawcę zamówienia.

Wnioski

39. Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne Oberlandesgericht München w następujący sposób:

Brak bezpośredniego wynagrodzenia usługodawcy przez organ publiczny, który udzielił mu zamówienia na sporne usługi, stanowi kryterium wystarczające do zakwalifikowania umowy jako koncesji na usługi w rozumieniu 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. W tym względzie niewielkie znaczenie ma, po pierwsze, kto wypłaca wynagrodzenie należne z tytułu świadczonych usług, zakładając, że jest to podmiot wystarczająco odrębny i niezależny od organu publicznego, który udzielił zamówienia na dane usługi, po drugie, jakie są szczegółowe zasady wypłaty wynagrodzenia, a po trzecie, czy ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usług, których sprawa dotyczy, jest od początku ograniczone.