

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

CHRISTINE STIX-HACKL

przedstawiona w dniu 14 września 2006 r. ¹

I — Uwagi wstępne

1. Niniejsze postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, podobnie jak wszczęte równoległe inne postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego², dotyczy kwestii, jakie wymogi wynikają z prawa pierwotnego w zakresie przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych. W szczególności niniejsze postępowanie dotyczy wymogów, które można wywieść z podstawowych swobód i ogólnych zasad prawa w odniesieniu do udzielania zamówień publicznych, które nie podlegają dyrektywom w sprawie udzielania zamówień publicznych. Wreszcie postępowanie to dotyczy wykładni i rozwoju orzecznictwa Trybunału w sprawach *Telaustria* i *Telefonadress*³ oraz *Coname*⁴.

koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi⁵, zastąpiona w międzyczasie tzw. pakietem legislacyjnym, obejmuje swoim zakresem udzielanie zamówień publicznych na usługi ratownicze, stanowiące przedmiot niniejszej sprawy, to dotyczy to jedynie zamówień udzielonych na podstawie umowy zawartej na piśmie.

II — Ramy prawne

A — Prawo wspólnotowe

2. Chociaż dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do

3. Niniejsze postępowanie dotyczy przede wszystkim swobodnego świadczenia usług, czyli art. 49 WE.

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Zobacz moją opinię, również przedstawioną w dniu dzisiejszym, w sprawie C-507/03 *Komisja przeciwko Irlandii*.

3 — Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98, *Rec. str. I-10745*.

4 — Wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03, *Zb.Orz. str. I-7287*.

5 — Dz.U. L 209, str. 1.

4. Należy także wspomnieć art. 86 WE. Ustęp 1 tego artykułu określa wymogi, które państwa członkowskie muszą spełnić w odniesieniu do niektórych przedsiębiorstw. Ustęp 2 nakłada wymogi na niektóre przedsiębiorstwa, przede wszystkim na te, którym powierzono zarządzanie usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym.

B — Prawo krajowe

5. Artykuł 65 ust. 1 Health Act 1953 (ustawy z 1953 r. o zdrowiu publicznym) stanowi:

„Urząd ds. opieki zdrowotnej może, z zastrzeżeniem ogólnych wytycznych Ministra oraz na warunkach przez ten urząd określonych, wesprzeć każdy podmiot świadczący lub oferujący świadczenie usług podobnych lub pomocniczych w stosunku do usług, które mogą być świadczone przez ten urząd, w następujący z wymienionych sposobów:

- a) przez udział w kosztach poniesionych przez ten podmiot,

[...]”.

6. Artykuł 25 Fire Services Act 1981 (ustawy z 1981 r. o usługach ochrony przeciwpożarowej) stanowi:

„Organ odpowiedzialny za ochronę przeciwpożarową [art. 9 ustawy stanowi, że za ochronę przeciwpożarową odpowiedzialne są jednostki administracji lokalnej] może prowadzić lub uczestniczyć w prowadzeniu wszelkich akcji w nagłych przypadkach, niezależnie od możliwości wystąpienia zagrożenia pożarowego, i w związku z tym podejmować czynności, które uzna za stosowne, w zakresie ratownictwa lub zapewnienia ochrony osób i mienia”.

III — Okoliczności faktyczne, postępowanie poprzedzające wniesienie skargi oraz postępowanie przed Trybunałem

7. W następstwie skargi Komisja dowiedziała się o sposobie udzielania zamówień publicznych na usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych w Irlandii. Uznawszy, że zgodnie z dyrektywą 92/50 udzielanie zamówień publicznych powinno stanowić przedmiot ogłoszenia, Komisja rozpoczęła z Irlandią wymianę korespondencji. Komisja zmierzała do ustalenia, czy została zawarta umowa, do której zastosowanie powinny mieć pewne wymogi dotyczące ogłoszenia.

8. W dniu 28 listopada 2001 r. Komisja zażądała od władz irlandzkich informacji dotyczących związku łączącego Dublin City Council (radę miejską Dublina, zwaną dalej „DCC”) i Eastern Regional Health Authority (wschodni regionalny urząd ds. zdrowia, zwany dalej „Authority”). Nie otrzymawszy odpowiedzi, Komisja wszczęła postępowanie w trybie art. 226 WE w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

12. Komisja podtrzymała swoje stanowisko, że doszło do naruszenia prawa wspólnotowego, i w dniu 17 grudnia 2002 r. wystosowała do Irlandii uzasadnioną opinię w trybie art. 226 WE. Pismem z dnia 14 lutego 2003 r. władze irlandzkie przesłały Komisji szczegółową odpowiedź. Komisja nie uznała tej odpowiedzi za zadowalającą.

13. W swojej skardze Komisja wnosi do Trybunału o:

9. W odpowiedzi z dnia 18 czerwca 2002 r. władze irlandzkie potwierdziły, że usługi świadczone przez DCC i których koszty pokryte zostały przez Authority na podstawie art. 65 ust. 1 lit. a) ustawy o zdrowiu publicznym, świadczone były niezależnie, w charakterze „zlecniodawcy”, a zatem bez żadnej umowy z Authority ani pod żadną kontrolą lub nadzorem z jego strony. Ponadto tego typu usługi świadczone były od wielu lat.

1) stwierdzenie, że zezwalając na świadczenie przez Dublin City Council usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu przez Eastern Regional Health Authority, Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy traktatu WE;

10. W piśmie z dnia 9 sierpnia 2002 r. Komisja zażądała od władz irlandzkich wszystkich istotnych dokumentów w celu ustalenia związku łączącego DCC z Authority.

2) obciążenie Irlandii kosztami Komisji.

11. W dniu 19 września 2002 r. ministerstwo ds. zdrowia i dzieci udzieliło Komisji odpowiedzi na piśmie, przesyłając jednocześnie określone dokumenty.

1) oddalenie skargi Komisji;

14. Irlandia wnosi do Trybunału o:

2) obciążenie Komisji kosztami Irlandii.

Forma ta zależy od rodzaju usługi oraz kręgu przedsiębiorców, którzy mogą być nią zainteresowani.

IV — Argumenty stron i interwenienta

17. Komisja uważa, że wytyczną w tym zakresie może stanowić jej komunikat interpretacyjny w sprawie koncesji w prawie wspólnotowym⁶.

A — Komisja

15. Zdaniem Komisji, w przypadku braku umowy na piśmie, podstawa świadczenia usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulanсів ratunkowych nie podlega zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 92/50, lecz pewne wymogi wynikają z podstawowych swobód, w szczególności z art. 43 WE i 49 WE oraz z ogólnych zasad prawa. Do tych ostatnich niewątpliwie należy zasada przejrzystości oraz zasada równości i niedyskryminacji. Komisja zwraca w tym względzie uwagę na ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress oraz na wyrok z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-55/98 Vestergaard, Rec. str. I-7641.

16. Chociaż państwa członkowskie dysponują swobodą wyboru procedury, muszą one postępować zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego. W związku z tym należy dokonać ogłoszenia w odpowiedniej formie.

18. Z poszczególnych pism, między innymi pisma Finance Officer and Treasurer (skarbnika) DCC z dnia 15 stycznia 1999 r., wynika, że w czerwcu 1998 r. zawarte zostały pewne porozumienia dotyczące usług, które miały być świadczone. Na podstawie tych porozumień sporządzony został projekt umowy. Kwalifikacja tej umowy na podstawie prawa krajowego jest bez znaczenia z punktu widzenia prawa wspólnotowego.

19. W związku z tym Komisja odrzuca argument Irlandii, zgodnie z którym omawiane usługi nie były świadczone na rzecz Authority. Zadania wykonywane przez Authority obejmują bowiem między innymi sprawowanie kontroli nad świadczeniem usług. Chociaż na DCC nie spoczywa obowiązek świadczenia tych usług, do zadań Authority należy mimo to zagwarantowanie ich dostępności. Wynika to na przykład ze wspomnianego wyżej projektu umowy.

⁶ — Dz.U. 2000, C 121, str. 2.

20. W zakresie, w jakim Irlandia podnosi, że świadczenie usług — bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu — opiera się na art. 65 ust. 1 lit. a) ustawy o zdrowiu publicznym, oznacza to jedynie, że przepis ten narusza art. 43 WE i 49 WE. Zdaniem Komisji przepis ten jedynie upoważnia Authority do zawierania porozumień. Przepis ten nie zakazuje Authority przeprowadzania postępowań przetargowych. Rodzaj usługi oraz jej mała atrakcyjność dla przedsiębiorstw nie oznaczają, że mogą zostać pominięte wszelkie formy ogłoszenia.

21. Okoliczność, że Authority nie powierzyłby świadczenia tych usług podmiotom zewnętrznym, jeżeli DCC nie podjęłaby się ich świadczenia, nie oznacza, że zastosowana praktyka może zostać uznana za zgodną z prawem.

22. Nie jest również prawdą, że zastosowanie ma odstępstwo przewidziane w art. 6 dyrektywy 92/50.

23. Wreszcie należy także odrzucić argument, zgodnie z którym niniejsza sprawa dotyczy usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE. Bowiem przestrzeganie zobowiązań wynikających z traktatu nie stanowi przeszkody w wykonywaniu poszczególnych powierzonych zadań. Ponadto nie jest do końca jasne, czy przedsiębiorstwem, któremu powierzono świadczenie omawianych usług, jest DCC, czy też Authority.

24. Co się tyczy argumentu Irlandii, że usługi transportu ratowniczego zapewniającego przy pomocy ambulansów ratunkowych świadczone są nieodpłatnie, Irlandia myli usługi, które są świadczone na rzecz jednostek z tymi, które są świadczone na rzecz Authority.

25. Komisja uznaje za bez znaczenia, a ponadto nieprawdziwy, argument Irlandii, że DCC nie uzyskuje zwrotu wszystkich poniesionych przez siebie kosztów.

26. Ustosunkowując się do opinii rządu niderlandzkiego, zgodnie z którą stosowanie podstawowych swobód wymaga obecności elementu transgranicznego, Komisja uważa, że tak właśnie jest w niniejszej sprawie.

27. Zastrzeżenie, które powołuje rząd niderlandzki dotyczące pierwszeństwa przepisów harmonizujących, opiera się na błędnym rozumieniu orzecznictwa, na które powołuje się ten rząd. Ponadto sama dyrektywa 92/50 w art. 3 ust. 2 odwołuje się do zasady niedyskryminacji.

28. Należy również odrzucić argument, zgodnie z którym zasada przejrzystości ma zastosowanie jedynie w przypadku, gdy dobrowolnie postanowiono

o przeprowadzeniu postępowania przetargowego, jak też argument, że w niniejszej sprawie istnieją względy uzasadniające oraz że spełnione zostały przesłanki art. 86 ust. 2 WE.

29. Co się tyczy odpowiedniego poziomu jawności, Komisja podkreśla, że nie wynika z niego obowiązek sformułowania w każdym przypadku zaproszenia do składania ofert na szczeblu krajowym lub międzynarodowym, lecz wystarczyłoby zawiadomienie wystosowane do pewnej liczby przedsiębiorstw. Przeprowadzenie postępowania przetargowego przewidzianego przez dyrektywy nie jest konieczne.

B — *Irlandia*

30. Irlandia nie zgadza się z koniecznością publikacji ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do omawianych usług.

31. W rzeczywistości Komisja sprzeciwia się istnieniu porozumienia, a nie nowo udzielonemu zamówieniu. Przepisy, na które powołuje się Komisja, nie mają jednakże zastosowania w niniejszej sprawie. Nie można żądać zmian istniejących porozumień.

32. Ponadto DCC i Authority nie łączy ze sobą żadna umowa ani innego rodzaju porozumienie. Tak zwane porozumienie z czerwca 1998 r. dotyczy porozumienia międzyinstytucjonalnego pomiędzy dwoma instytucjami ustawowymi i negocjacji w sprawie pokrycia części kosztów ponoszonych przez DCC.

33. DCC działa na podstawie powierzonych jej kompetencji ustawowych i w swoim własnym imieniu. Nie podlega ona kontroli ze strony Authority. Udział Authority w kosztach nie może zostać uznany za wynagrodzenie i nie pokrywa w całości tych kosztów.

34. Irlandia podnosi, że omawiane usługi objęte są załącznikiem I B do dyrektywy 92/50. Nawet jeżeli zostałaby zawarta umowa na piśmie, na podstawie art. 9 dyrektywy zastosowanie miałyby jedynie reguły uproszczone, czyli art. 14 i 16. W przeciwnym wypadku Komisja musiałaby przedstawić projekt odpowiednich zmian tej dyrektywy.

35. Z okoliczności, że usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych świadczone są w Irlandii nieodpłatnie, wynika, iż nie są one usługami normalnie świadczonymi za wynagrodzeniem. W związku z tym również art. 43 WE i 49 WE nie mają zastosowania w niniejszej sprawie. A zatem nie może być również mowy o dyskryminacji zagranicznych przedsiębiorstw prywatnych.

36. Irlandia podnosi ponadto, że orzecznictwo Trybunału w sprawie Telaustria i Telefonadress oraz w sprawach połączonych CEI i in.⁷, na które powołuje się Komisja, nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

37. Artykuł 295 WE pozostawia państwom członkowskim swobodę w zakresie określania zasad prawa własności.

38. Wreszcie wspomnieć należy szczególnie przepisy dotyczące usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 16 WE oraz art. 86 ust. 2 WE.

C — *Interwenient*

39. Królestwo Niderlandów, które przystąpiło do sprawy w charakterze interwenienta popierającego Irlandię, podnosi, że z zasady przejrzystości nie wynika obowiązek stosowania wymogów dyrektywy 92/50. Ponadto od tej zasady istnieje szereg odstępstw. Po pierwsze nie ma tutaj związku z rynkiem wewnętrznym. Sprawa ta nie dotyczy swobodnego świadczenia usług. Nie istnieje powód, aby dokonywać oceny zgodności

z zasadą niedyskryminacji. Jeżeli próg określony w dyrektywach nie został osiągnięty, zasada przejrzystości nie ma tym samym zastosowania.

40. Po drugie zasada przejrzystości nie ma zastosowania również w zakresie, w jakim przepisy wtórnego prawa wspólnotowego przewidują taki sam wymóg. Zasada ta nie ma także zastosowania w przypadkach, w których dyrektywy w sprawie zamówień publicznych ustanawiają odstępstwo, takie jak to, które zostało określone w art. 4 i 6 dyrektywy 92/50. Ponieważ w zakresie przejrzystości dyrektywy przewidują harmonizację minimalną, państwa członkowskie mają oczywiście swobodę podejmowania działań wykraczających poza te minimalne standardy.

41. Po trzecie państwa członkowskie zobowiązane są przestrzegać zasad traktatu WE jedynie w przypadku wszczęcia postępowania przetargowego.

42. Po czwarte należy sprawdzić, czy w niniejszej sprawie występują względy uzasadniające oraz czy zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 86 ust. 2 WE.

43. Co się tyczy treści zasady przejrzystości, rząd niderlandzki potwierdza, że konieczne jest ustalenie, co należy rozumieć przez odpowiedni poziom jawności. Należałoby pozostawić to uznaniu instytucji

⁷ — Wyrok z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86, Rec. str. 3347.

zamawiającej każdorazowo przy udzielaniu zamówienia. W październiku 2005 r. Komisja przedstawiła projekt komunikatu interpretacyjnego w sprawie zasady przejrzystości. Nadszedł więc czas, aby Trybunał w bardziej precyzyjny sposób określił treść tej zasady.

V — Ocena

A — Uwagi wstępne

44. W odniesieniu do skargi Komisji należy stwierdzić, że Komisja wnosi jedynie o stwierdzenie, że świadczenie pewnych usług narusza prawo wspólnotowe. Naturalnie dotyczy to praktyki pozwanego państwa członkowskiego w przeszłości, a także w określonym momencie, a konkretnie w momencie upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii. Kontynuowanie takiej praktyki po upływie tego terminu, a więc również jej tolerowanie, również może co do zasady stanowić przedmiot postępowania w trybie art. 226 WE w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

45. Skarga Komisji nie dotyczy problematyki, choć równie interesującej, czy i w jakim zakresie konkretna instytucja zamawiająca lub podmiot udzielający koncesji zobowiązane są rozwiązać zawartą umowę. Jednakże

dla Irlandii kwestia ta jest o tyle ważna, że w przypadku uznania porozumienia za nielegalne, na mocy art. 228 ust. 1 WE będzie ona zobowiązana do podjęcia środków zapewniających wykonanie wyroku Trybunału⁸.

46. Skarga Komisji ogranicza się w tym względzie do żądania stwierdzenia, że konkretne zamówienie powinno było stanowić przedmiot zaproszenia do składania ofert. Komisja zdaje się przez to rozumieć pewien rodzaj ogłoszenia o zamówieniu.

47. Celem niniejszego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie jest określenie, jakie działania należałoby podjąć w odniesieniu do udzielenia konkretnego zamówienia, lecz tylko stwierdzenie, że w każdym przypadku niedopuszczalny jest brak jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu.

48. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału „[a]rtykuł 49 WE zawiera zakaz ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty Europejskiej w odniesieniu do podmiotów z państw członkowskich mających przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Ponadto z utrwalonego orzecznictwa

8 — Wyroki z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. str. I-11197, pkt 26 oraz z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie C-414/03 Komisja przeciwko Niemcom, niepublikowany w Zbiorze, pkt 11.

wynika, że postanowienie to wymaga zniesienia wszelkich ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług, nawet jeżeli to ograniczenie stosuje się bez rozróżnienia do usługodawców krajowych i usługodawców z innych państw członkowskich, jeśli jest ono w stanie uniemożliwić lub w inny sposób utrudnić działalność usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w którym świadczy on zgodnie z prawem podobne usługi”⁹.

49. Co się tyczy podstaw prawnych, których naruszenie powinno zostać zbadane w niniejszym postępowaniu, to biorąc pod uwagę szeroki zakres skargi Komisji, która dotyczy stwierdzenia „uchylenia zobowiązaniom wynikającym z traktatu”, należy uwzględnić nie tylko art. 43 WE i 49 WE, lecz także ogólne zasady prawa, jak również art. 10 WE. Postanowienia tego ostatniego artykułu przybierają postać zasady równoważności i skuteczności¹⁰.

50. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału¹¹ w przypadku, gdy zamówienie nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, zastosowanie mają postanowienia prawa pierwotnego. W odniesieniu do spornego zamówienia ten warunek wstępny został spełniony, gdyż, jak

słusznie zauważyły strony, w braku umowy na piśmie zamówienie to nie podlega dyrektywie 92/50.

51. Działania będące podstawą niniejszego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego dotyczą szczególnego mechanizmu wykorzystywania środków publicznych na pewne usługi. Sama Irlandia potwierdza istnienie pewnego rodzaju porozumienia.

52. Jak wynika z wyroku w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, dyrektywy w sprawie zamówień publicznych obejmują swoim zakresem także porozumienia o współpracy zawarte między organami administracji publicznej a innymi instytucjami publicznymi¹². Dla niniejszego postępowania nie ma znaczenia okoliczność, że wspomniana sprawa dotyczyła porozumień na piśmie, gdyż dotyczy ono nie kwestii zgodności z wymogami ustanowionymi w dyrektywach, lecz zastosowania prawa pierwotnego. Co się tyczy charakteru tego związku, wymogi wynikające z prawa pierwotnego są mniej surowe niż wynikające z dyrektyw. Nie ulega również wątpliwości, że niniejsze postępowanie dotyczy dwóch odrębnych podmiotów.

53. Istotą niniejszego postępowania jest wykonywanie swobody świadczenia usług. Zakłada

9 — Wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-8831, pkt 66.

10 — Moja opinia z dnia 12 kwietnia 2005 r. w ww. w przyp. 4 sprawie Coname, pkt 81 oraz zawarte tam dalsze odniesienia do orzecznictwa.

11 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Coname, pkt 16 oraz ww. w przyp. 9 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32.

12 — Wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03, Zb.Orz. str. I-139, pkt 38 i nast.

to, że przedmiot spornego zamówienia stanowią „usługi” w rozumieniu art. 50 WE.

54. Można z pewnością założyć, że koszt transportu chorych lub transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych co do zasady nie jest bezpośrednio pokrywany przez osobę, która korzysta z tych usług, lecz przez ubezpieczenie lub bezpośrednio przez budżet państwa. Ponieważ zgodnie z orzecznictwem Trybunału elementem wystarczającym właśnie w zakresie opieki zdrowotnej¹³ jest, że koszt usługi pokrywany jest przez osobę trzecią, dokonywanie szczegółowej oceny systemu płatności za te usługi jest bezzasadne. W każdym razie bezsporne jest, że East Coast Area Health Board przekazuje tzw. „contribution” [uczestniczy w kosztach]. Na potrzeby niniejszego postępowania nie jest w związku z tym konieczne określenie, jak duży jest udział tego urzędu w omawianych kosztach.

B — Zasada: wymóg przejrzystości

55. Przedmiotem niniejszego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego jest ustalenie, czy w przypadku konkretnego działania doszło do naruszenia wymogu przejrzystości.

56. Jak zostało to już przeze mnie wyjaśnione w opinii w sprawie Coname, wymóg przejrzystości zgodnie z dyrektywami obejmuje szereg aspektów¹⁴. Niniejsze postępowanie dotyczy wyłącznie pewnych wymogów w zakresie ogłaszania zamówień na pewne usługi.

57. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału wymagane jest „zagwarantowanie wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu publiczności otwierającego drogę konkurencji w zakresie ubiegania się o koncesję oraz gwarantującego bezstronność jej udzielania [odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie na konkurencję procesu udzielania koncesji na usługi i kontrolę]”¹⁵. Wymóg ten ma oczywiście zastosowanie nie tylko do udzielania zamówień, które nie są objęte zakresem dyrektywy 92/50, gdyż mają postać koncesji, lecz także do zamówień, które z innych powodów nie są objęte zakresem tej, lub innej, dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. Gwoli jasności należy dodać, że ten sam standard nie ma zastosowania do wszystkich zamówień, niezależnie od ich przedmiotu i wartości.

58. Kryterium oceny legalności działań pozwanego państwa członkowskiego jest ustalenie, czy został zapewniony odpowiedni stopień przejrzystości.

13 — Wyroki z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll, Rec. str. I-1931; z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-368/98 Vanbraekel i in., Rec. str. I-5363; z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99 Smits i Peerbooms, Rec. str. I-5473 oraz z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-385/99 Müller-Fauré i van Riet, Rec. str. I-4509.

14 — Moja opinia w sprawie Coname, pkt 88 i nast. (wyrok wymieniony w przyp. 4).

15 — Wyroki z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8612, pkt 49 oraz z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. str. I-3303, pkt 21.

59. Należy w związku z tym zbadać, czy w konkretnym przypadku brak zaproszenia do składania ofert narusza ten wymóg. Jak potwierdził Trybunał w wyroku w sprawie Coname, należy ustalić, czy „udzielenie [...] koncesji [...] odbyło się w warunkach przejrzystości pozwalających przedsiębiorstwom mającym siedzibę w [innych] państwach członkowskich [...] na uzyskanie odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem i ewentualne wyrażenie zainteresowania jej otrzymaniem. Tak pojęta przejrzystość procedury udzielania koncesji niekoniecznie oznacza obowiązek przeprowadzenia przetargu”¹⁶.

60. Z orzecznictwa można zatem wywnioskować, że odpowiedni poziom jawności musi być oceniany w odniesieniu do podmiotów zainteresowanych konkretnym zamówieniem. W związku z tym należy wziąć pod uwagę nie tylko usługodawców, którzy rzeczywiście są zainteresowani, lecz także poszerzyć ten krąg o wszystkie potencjalnie zainteresowane podmioty w innych państwach członkowskich.

61. A zatem należy dokonać wyboru takiego stopnia przejrzystości, który spełnia ten wymóg. Pozostaje jednakże kwestia, czy musi to przyjąć koniecznie postać zaproszenia do składania ofert (ogłoszenia o zamówieniu).

1. Potrzeba sformułowania zaproszenia do składania ofert?

62. Należy na początku wyjaśnić, czy prawo wspólnotowe wymaga w każdym przypadku sformułowania zaproszenia do składania ofert.

63. Przemawiać za tym mogą przywołane wyroki Pierwszej Izby w sprawach Parking Brixen i ANAV, w których Trybunał orzekł, że „państwa członkowskie nie powinny utrzymywać w mocy przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie koncesji na świadczenie usług publicznych bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, [gdyż] takie udzielenie narusza postanowienia art. 43 WE lub art. 49 WE, lub zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości”¹⁷.

64. Jednakże niemiecka wersja obu wyroków zawiera pewną nieścisłość. W wersji francuskiej obu wyroków, podobnie jak we włoskiej wersji wyroku w sprawie ANAV, użyto sformułowań odpowiednio „mise en concurrence” i „procedura concorrenziale”. Tak więc celowo nie użyto sformułowania „appel d’offres” czy „bando di gara”, czyli ogłoszenia o zamówieniu w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

16 — Wyżej wymieniony w przyp. 4 wyrok w sprawie Coname, pkt 21.

17 — Wyżej wymienione w przyp. 15 wyrok w sprawie ANAV, pkt 23 oraz wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 52.

65. Ponadto Trybunał wyraźnie podkreślił w wydanym w składzie wielkiej izby wyroku w sprawie Coname, że prawo pierwotne nie wymaga we wszystkich przypadkach sformułowania zaproszenia do składania ofert w znaczeniu ogłoszenia o zamówieniu¹⁸.

66. Ten wyrok Trybunału stanowi zatem orzeczenie o zasadniczym znaczeniu i tym samym stanowi punkt wyjścia dla oceny, która zostanie przez mnie dokonana. Wynika to również z rozważań o zasadniczym znaczeniu, niezależnych od okoliczności, że wyrok w sprawie Coname został wydany w składzie wielkiej izby oraz że inne wyroki zawierają nieścisłości językowe.

67. Nie można zgodzić się z poglądem, że udzielenie zamówienia bez ogłoszenia o zamówieniu (zaproszenia do składania ofert) oraz nawiązanie kontaktu bezpośrednio z konkretnym przedsiębiorstwem są generalnie sprzeczne z prawem, gdyż nawet same dyrektywy w sprawie zamówień publicznych przewidują odstępstwa od obowiązku ogłaszania. Nawet Komisja w sposób wyraźny podnosi, że według niej nie chodzi o przeniesienie wynikających z dyrektywy 92/50 obowiązków w zakresie ogłaszania do prawa pierwotnego. Gdyby prawo pierwotne w każdym przypadku wymagało publikacji ogłoszenia o zamówieniu, instytucje zamawiające musiałyby przestrzegać surowszych reguł w odniesieniu do zamówień, które nie

są objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, niż w przypadku zamówień wchodzących w zakres tych dyrektyw.

68. Ponadto Trybunał w wyroku w sprawie Coname wskazał pewne odstępstwa od przestrzegania wymogów prawa pierwotnego. Odstępstwa te zostaną poddane odrębnej analizie.

69. W związku z tym należy podkreślić, że mogą istnieć zamówienia, w odniesieniu do których przeprowadzenie postępowania przetargowego (ogłoszenie) nie jest konieczne.

70. Wydaje mi się konieczne, aby w tym kontekście przypomnieć pogląd wyrażony przeze mnie w opinii w sprawie Coname¹⁹, że nie istnieją jednolite reguły prawa pierwotnego regulujące udzielanie zamówień publicznych oraz że należy dokonywać rozróżnień zależnie od okoliczności każdego zamówienia. Niniejsze postępowanie stanowi dla Trybunału okazję, aby dokonać niezbędnych wyjaśnień w tym zakresie.

18 — Wyżej wymieniony w przyp. 4 wyrok w sprawie Coname, pkt 21. Wynika to także z francuskiej wersji wyroku („un appel d'offres”).

19 — Moja opinia w sprawie Coname, w której został wydany ww. w przyp. 4 wyrok, pkt 69 i nast.

2. Rozróżnienie w zależności od konkretnego zamówienia

71. Punkt wyjścia musi stanowić zasada, że treść wymogu przejrzystości zależy od okoliczności każdej konkretnej sprawy.

72. Zgodnie z przedmiotem niniejszej skargi w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego niniejsze uwagi dotyczą przesłanek, po których spełnieniu można udzielić zamówienia bez przeprowadzania postępowania przetargowego, oraz kwestii, czy przesłanki te zostały spełnione w niniejszej sprawie.

73. Pomocna w tym względzie jest zasada, że musi zostać zagwarantowana możliwość kontroli oraz zasada proporcjonalności i zasada równego traktowania. Należy także uwzględnić cele wspólnotowego prawa zamówień publicznych, takie jak ochrona konkurencji i rynku wewnętrznego, a także skuteczność („*effet utile*”) postanowień prawa pierwotnego.

74. Treść wymogu przejrzystości w każdej sprawie zależy od wielu czynników, takich jak przedmiot zamówienia — czyli, czy zamówienie dotyczy usług, dostaw, czy robót budowlanych — oraz szacowana wartość zamówienia.

75. Ponieważ niniejsze postępowanie dotyczy usług objętych załącznikiem I B do dyrektywy 92/50, czyli usług innych niż priorytetowe, należy zbadać, czy wprowadzone w dyrektywie rozróżnienie na usługi priorytetowe oraz inne niż priorytetowe ma znaczenie również dla prawa pierwotnego.

76. To wprowadzone w dyrektywach rozróżnienie wydaje się być oparte na, mającym ogólne zastosowanie w prawie zamówień publicznych, poglądzie, że niektóre zamówienia mają większe znaczenie dla rynku wewnętrznego niż inne, a dokładniej, że mogą one stanowić przedmiot zainteresowania dla szerszego kręgu podmiotów gospodarczych, także przedsiębiorstw z innych państw członkowskich. Aspekt ten mógłby mieć znaczenie szczególnie dla wykonywania podstawowych swobód, gdyż przesłankę ich wykonywania stanowi obecność elementu transgranicznego²⁰.

77. O ile prawdą jest, że prawodawca wspólnotowy w całości podporządkował wszystkim zasadom dyrektywy 92/50 tylko pewną kategorię usług, czyli usługi priorytetowe, nie oznacza to, że pozostałe usługi, czyli usługi inne niż priorytetowe, nie są istotne dla rynku wewnętrznego, czyli że nie mogą być świadczone z terytorium innego państwa członkowskiego. Chociaż podział ten został utrzymany przez prawodawcę wspólnotowego podczas uchwalania nowelizacji wspólnotowego prawa zamówień publicznych,

20 — Zobacz moją opinię w ww. w przyp. 4 sprawie Coname, pkt 78.

czyli w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), gdzie użyto tego samego uzasadnienia²¹, nie wyłącza to, co do zasady, stosowania prawa pierwotnego.

78. Gdyby wyjść z założenia, że usługi inne niż priorytetowe nie stanowią przedmiotu zainteresowania usługodawców z innych państw członkowskich, to Komisja w postępowaniu w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego musiałaby przedstawić dowody, iż omawiane zamówienie stanowi mimo wszystko przedmiot potencjalnie transgranicznego zainteresowania.

79. Prawdą jest, że Komisja, co do zasady, ma obowiązek w postępowaniu w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przedstawić dowody na poparcie swoich zarzutów z faktycznego, jak i prawnego punktu widzenia. Można z tego wywnioskować, że Komisja zobowiązana jest wykazać, za pomocą analizy rynku, które podmioty gospodarcze mogłyby być zainteresowane planowanym zamówieniem w świetle potencjalnej konkurencji; przy czym podstawowe kryteria stanowią tutaj wartość i przedmiot zamówienia.

80. Wymogów tych nie spełniają ani argumenty na piśmie, ani argumenty ustne Komisji. Gdyby zastosować te surowe reguły rozkładu ciężaru dowodu, zarzuty Komisji musiałyby zostać oddalone jako bezzasadne.

81. Jednakże nie należy w tym kontekście zapominać, że tak surowe reguły do chwili obecnej nie były stosowane przez Trybunał w odniesieniu do zamówień publicznych²². Trybunał wyszedłby raczej z założenia, w przypadku braku przeciwnych wskazań, że odpowiednio duże zamówienia stanowią w razie wątpliwości potencjalny przedmiot zainteresowania dla przedsiębiorstw z innych państw członkowskich.

82. A zatem w niniejszym postępowaniu należy oprzeć się na zasadzie, że potencjalnie zainteresowanym przedsiębiorstwom należy dostarczyć taką ilość informacji, która pozwoliłaby im podjąć decyzję o uczestnictwie w postępowaniu przetargowym lub o złożeniu przez nie oferty. W żadnym przypadku prawo pierwotne nie wymaga, aby ogłoszenie o zamówieniu zawierało wszystkie z informacji, które zostały podane we wzorach takich ogłoszeń przedstawionych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych²³.

83. Z akt sprawy ani z rozprawy nie wynika, aby specyficzny charakter omawianego zamówienia uzasadniał brak jakiegokolwiek ogłoszenia. Opinia, że tego rodzaju brak zgodny jest z prawem wspólnotowym, nie znajduje potwierdzenia ani w rocznej wartości zamówienia, ani w jego przedmiocie.

21 — Motyw dziewiętnasty.

22 — Zobacz wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-158/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, niepublikowany w Zbiorze, Dz.U. 2005, C 330, str. 1.

23 — Zobacz moja opinia w ww. w przyp. 4 sprawie Coname, pkt 97.

84. W związku z tym należy teraz zbadać, czy wspomniany wyżej brak ogłoszenia może zostać uzasadniony na podstawie wyraźnie wskazanych w prawie pierwotnym odstępstw lub uznanych przez orzecznictwo względów uzasadniających dotyczących podstawowych swobód ogólnie lub odnoszących się do zamówień publicznych.

85. Ponieważ w niniejszej sprawie nie doszło do zamieszczenia jakiegokolwiek ogłoszenia dotyczącego planowanego zamówienia, nie ma potrzeby, aby dokonywać szczegółowej oceny, jaką formę publikacji należało wybrać i jaki jest minimalny zakres informacji, które należało zamieścić w takim ogłoszeniu.

1. Ograniczone skutki udzielenia zamówienia

87. W wyroku w sprawie Coname Trybunał przejął linię orzecznictwa rozwiniętą w ramach swobodnego przepływu towarów, zgodnie z którym „z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego, można [...] racjonalnie utrzymywać, że przedsiębiorstwa z [innych] państw członkowskich nie [są] [...] zainteresowane przedmiotową koncesją, a zatem że skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, żeby pozwalały na stwierdzenie ewentualnego ograniczenia tych swobód”²⁴.

C — Odstępstwa i względy uzasadniające

86. Należy w tym momencie zbadać, czy nie doszło do naruszenia, wobec niewielkich skutków ograniczenia, podstawowych swobód, czy pozwane państwo członkowskie może powołać się na postanowienia traktatu wyłączające w sposób ogólny spod zakresu stosowania prawa pierwotnego środki podejmowane przez państwa członkowskie, czy ma zastosowanie jeden ze względów uzasadniających wyraźnie przewidzianych w traktacie lub uznanych przez orzecznictwo oraz czy zastosowanie ma art. 86 ust. 2 WE. Wreszcie należy zbadać, czy przewidziane w dyrektywach odstępstwa, a w szczególności w art. 6 dyrektywy 92/50, mogą mieć zastosowanie jako takie lub analogicznie.

88. Niezależnie od okoliczności, że kwestią otwartą pozostaje określenie, co należy rozumieć pod sformułowaniem „niewielkie znaczenie gospodarcze”, omawiane zamówienie, o wartości wielu milionów IEP rocznie, w żadnym razie nie spełnia tych przesłanek. W 2001 r. roczna wartość tych usług miała przekroczyć kwotę 7 milionów IEP. A zatem doszło nawet do znacznego przekroczenia progów określonych w dyrektywie 92/50.

24 — Wyżej wymieniony w przyp. 4 wyrok w sprawie Coname, pkt 20.

2. Względy uzasadniające wyraźnie przewidziane w traktacie

89. Tytułem wstępnym należy przywołać postanowienia traktatu, które w sposób ogólny, z zastrzeżeniem pewnych warunków, wyłączają spod zakresu stosowania prawa pierwotnego środki podejmowane przez państwa członkowskie. W odniesieniu do zamówień publicznych znaczenie mają przede wszystkim odstępstwa dotyczące bezpieczeństwa, a konkretnie art. 296 WE i 297 WE. Odstępstwa te nie mogą mieć jednakże zastosowania w niniejszej sprawie, z powodu braku jakichkolwiek wskazań ku temu.

90. Państwa członkowskie mogą ponadto powoływać się na względy uzasadniające wyraźnie przewidziane w traktacie w art. 46 WE w związku z art. 55 WE, takie jak porządek publiczny czy zdrowie publiczne. Należy zauważyć jednakże, że w niniejszej sprawie pozwane państwo członkowskie nie przywołało na swoją obronę żadnego z tego rodzaju względów uzasadniających²⁵.

91. Powołanie się na wzgląd uzasadniający dotyczący sprawowania władzy publicznej, czyli oparty na art. 45 WE, wymaga spełnienia pewnych przesłanek. Zgodnie z utrwa-

lonym orzecznictwem „jako odstępstwo od podstawowej zasady swobody przedsiębiorczości, art. 45 WE i 55 WE powinny być interpretowane w sposób ograniczający ich zakres do tego, co jest konieczne dla ochrony interesów, które te przepisy pozwalają państwom członkowskim zachować”²⁶.

92. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, odstępstwo przewidziane w tych przepisach winno być ograniczone do działalności, która, rozpatrywana samodzielnie, jest w bezpośredni i szczególny sposób związana z wykonywaniem władzy publicznej²⁷.

93. W niniejszej sprawie określone w orzecznictwie przesłanki zastosowania tych wyraźnie przewidzianych względów nie zostały jednakże spełnione.

25 — Wyżej wymieniony w przyp. 9 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 69.

26 — Wyroki z dnia 15 marca 1988 r. w sprawie 147/86 Komisja przeciwko Grecji, Rec. str. 1637, pkt 7; z dnia 29 października 1998 r. w sprawie C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. str. I-6717, pkt 34 oraz z dnia 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03 Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Zb.Orz. str. I-2941, pkt 45.

27 — Wyroki z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 Reyners, Rec. str. 631, pkt 45; z dnia 13 lipca 1993 r. w sprawie C-42/92 Thijssen, Rec. str. I-4047, pkt 8; ww. w przyp. 26 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 35; wyrok z dnia 31 maja 2001 r. w sprawie C-283/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-4363, pkt 20 oraz ww. w przyp. 26 wyrok w sprawie Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, pkt 46.

3. Względy uzasadniające nieprzewidziane bezpośrednio w traktacie lub względy interesy ogólne

94. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału²⁸, które co do zasady może mieć również zastosowanie do zamówień publicznych²⁹, ograniczenia swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości mogą być uzasadnione, jeżeli zostaną spełnione pewne przesłanki.

95. Zgodnie z tym orzecnictwem, wspomniane ograniczenia muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, właściwe dla osiągnięcia zamierzonego celu oraz nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla realizacji tego celu. W każdym wypadku ograniczenia te muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny.

96. Należy jednakże zauważyć w tym zakresie, że pozwane państwo członkowskie nie było w stanie wykazać, iż względy uzasadniające określone przez Trybunał lub względy interesu ogólnego, takie jak ochrona konsumentów, uzasadniają stosowaną przez to państwo członkowskie praktykę.

97. Wreszcie przywołać należy określony przez Trybunał wzgląd uzasadniający dotyczący „okoliczności obiektywnych”³⁰. Ponieważ Irlandia nie wysunęła żadnych argumentów w tym zakresie, przeprowadzenie szczegółowej analizy tej możliwości uzasadnienia pewnych przepisów krajowych, która nie została rozwinięta przez Trybunał w sposób bardziej szczegółowy, a w szczególności przesłanek jej zastosowania, nie jest konieczne.

4. Artykuł 86 WE

98. W niniejszym postępowaniu uwaga została zwrócona również na art. 86 WE.

99. W odniesieniu do omawianego zamówienia należy stwierdzić, że w rzeczywistości zamówienie to obejmuje przyznanie praw wyłącznych, w niniejszej sprawie w dziedzinie usług ratowniczych, a w szczególności usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych.

100. W tym zakresie nasuwa się pytanie, czy zakresem art. 86 ust. 1 WE objęta jest sama okoliczność przyznania tych praw, a nie po prostu pozostałe środki państwowe w odniesieniu do przedsiębiorstw, którym państwa

28 — Zobacz wyrok z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, Rec. str. I-1663, pkt 32; wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. str. I-4165, pkt 37 oraz z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. str. I-13031, pkt 64 i nast.

29 — Zobacz ww. w przyp. 22 wyrok w sprawie C-158/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 35.

30 — Wyżej wymieniony w przyp. 4 wyrok w sprawie Coname, pkt 23: „W odniesieniu do okoliczności obiektywnych, które mogłyby uzasadnić tego rodzaju różnicę w traktowaniu, należy stwierdzić, że udział commune di Cingia de Botti w wysokości 0,97% w kapitale spółki Padania nie stanowi sam w sobie takiej obiektywnej okoliczności”.

członkowskie przyznają prawa specjalne lub wyłączne. Z orzecznictwa Trybunału można wywnioskować, że już sama okoliczność przyznania praw wyłącznych — w szczególności poprzez stworzenie pozycji dominującej na rynku — również podlega art. 86 ust. 1 WE w związku z art. 82 WE. Jednakże nie oznacza to jeszcze, że przyznanie tych praw jest zakazane³¹. Oceny kwestii, czy przyznanie tych praw, na przykład przyznanie DCC prawa umożliwiającego świadczenie usług ratowniczych, jest zgodne z prawem wspólnotowym, dokonywać należy w świetle innych postanowień niż art. 86 ust. 1 WE. Postanowienia materialne mające zastosowanie w tym zakresie obejmują art. 86 ust. 2 WE. W ten sposób postanowienie to zyskuje znaczenie, które rozciąga się, poza środki przedsiębiorstw, do których postanowienie to się odnosi, na środki państwowe.

101. Jednakże przedmiotem niniejszego postępowania nie jest okoliczność przyznania praw Authority, lecz działania Authority w ramach świadczenia usług publicznych, a konkretniej udzielania przez Authority zamówień na nie, w szczególności powierzenie świadczenia usług ratowniczych DCC. Artykuł 86 ust. 2 WE nabiera znaczenia prawnego w związku z postępowaniem podmiotów, którym przyznano specjalne prawa.

102. Co się tyczy powierzenia świadczenia usług ratowniczych DCC, to należy zbadać, czy Authority spełnia przesłanki art. 86 ust. 2 WE, czyli czy stanowi przedsiębiorstwo, któremu powierzono zarządzanie usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, oraz czy stosowanie postanowień prawa pierwotnego nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań mu powierzonych.

103. Co do zasady należy stwierdzić, że praktyka udzielania zamówienia w drodze przeprowadzania postępowania przetargowego może w pewnych przypadkach stanowić przeszkodę w wykonywaniu zadań z powodu czasu trwania całego postępowania oraz z powodu czasu przewidzianego na składanie ofert. Mogłoby tak się zdarzyć na przykład w przypadku dostawców mediów, gdy przeprowadzenie postępowania przetargowego mogłoby przerwać lub opóźnić rozpoczęcie dostaw energii lub wody.

104. Należy zatem zbadać, w świetle orzecznictwa Trybunału, do jakiego stopnia ograniczenie konkurencji lub nawet wykluczenie z niej innych podmiotów gospodarczych było konieczne, aby uprawniony z tytułu prawa wyłącznego mógł wykonywać powierzone mu zadania leżące w interesie ogólnym w dopuszczalnych warunkach gospodarczych³².

31 — Zobacz tytułem przykładu wyroki z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser, Rec. str. I-1979, pkt 29; z dnia 10 grudnia 1991 r. w sprawie C-179/90 Merzi Convenzionali Porto di Genova, Rec. str. I-5889, pkt 16 oraz z dnia 17 listopada 1992 r. w sprawach połączonych C-271/90, C-281/90 i C-289/90 Hiszpania i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-5833, pkt 35 i nast.

32 — Wyroki z dnia 19 maja 1993 r. w sprawie C-320/91 Corbeau, Rec. str. I-2533, pkt 16 oraz z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. str. I-8089, pkt 57.

105. Mimo że nie jest konieczne, aby przeprowadzenie postępowania przetargowego zagrażało istnieniu przedsiębiorstwa, należy co najmniej wykazać, że wykonywanie poszczególnych zadań powierzonych temu przedsiębiorstwu byłoby zagrożone z prawnego lub faktycznego punktu widzenia³³.

106. Pozwane państwo członkowskie nie było w stanie wykazać, że przyjęta przez nie praktyka była konieczna w celu umożliwienia DCC wykonywania powierzonych jej zadań w dopuszczalnych warunkach gospodarczych.

107. Badanie, czy DCC jest w rzeczywistości przedsiębiorcą, któremu powierzono wykonywanie zadań w ogólnym interesie *gospodarczym*, nie jest zatem konieczne.

108. Należy również przypomnieć w tym kontekście, że ponieważ art. 86 ust. 2 WE zezwala na odstępstwa od postanowień traktatu, jego wykładni należy dokonywać w sposób zawężający³⁴. Sytuacji tej nie zmienia w niniejszym postępowaniu art. 16 WE.

5. Zastosowanie odstępstw przewidzianych w dyrektywach

109. Należy wreszcie uwzględnić możliwość zastosowania odstępstw od określonego w dyrektywach wymogu uprzedniego sformułowania ogłoszenia (o zamówieniu).

110. Punkt wyjścia do dalszych rozważań stanowi zasada, że w obrębie zastosowania prawa pierwotnego, do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych nie mają zastosowania te same reguły, które mają zastosowanie na podstawie dyrektyw. Oczywiście nie oznacza to, że wiele wymogów, na przykład zakaz dyskryminacji, nie znajduje również zastosowania poza zakresem przedmiotowych dyrektyw, choć w oparciu o inną podstawę prawną, na przykład ogólnych zasad prawa.

111. Jak już wielokrotnie zostało wskazane³⁵, odstępstwa odpowiadające tym, które zostały określone w dyrektywach³⁶, w każdym przypadku powinny zostać uznane w kontekście prawa pierwotnego. Nie można zatem wykluczyć, że mogą wystąpić przypadki udzielenia

33 — Wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-157/94 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. str. I-5699, pkt 43.

34 — Ibidem, pkt 37.

35 — Zobacz moja opinia w ww. w przyp. 4 sprawie Coname, pkt 93 oraz późniejsza opinia rzecznika generalnego F.G. Jacoba z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Włochom (wyrok z dnia 27 października 2005 r., Zb.Orz. str. I-9405, pkt 47).

36 — Artykuł 11 ust. 3 dyrektywy 92/50, a także art. 31 dyrektywy 2004/18.

zamówienia bez ogłoszenia o zamówieniu, czyli bez zaproszenia do składania ofert.

112. Co się tyczy tego rodzaju odstępstw, to należy podkreślić, że pozwane państwo członkowskie nie powołało się na żadne z odstępstw określonych w dyrektywie 92/50 w celu zastosowania procedury negocjacyjnej bez sformułowania ogłoszenia o zamówieniu.

6. Artykuł 6 dyrektywy 92/50

113. Zastosowanie art. 6 dyrektywy 92/50 było już wielokrotnie omawiane w ramach postępowania. Przepis ten wyłącza zamówienia publiczne na usługi z zakresu zastosowania dyrektywy, z zastrzeżeniem spełnienia pewnych warunków — między innymi, że zleceńbiorczy musi przysługiwać wyłączne prawo.

114. W odniesieniu do tego odstępstwa należy stwierdzić, że co do zasady ma ono zastosowanie jedynie w przypadku, gdy dane zamówienie rzeczywiście objęte jest dyrektywą 92/50. Ponieważ jednakże nie ulega wątpliwości, że inne przesłanki, których spełnienie jest wymagane, aby zastosowanie miała dyrektywa 92/50, nie zostały spełnione, nie ma potrzeby dokonywania oceny, czy w niniejszej sprawie istnieje prawo wyłączne.

115. W postępowaniu w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego to do pozwanego państwa członkowskiego należy przedstawić ewentualnych powodów uzasadniających brak zastosowania przepisów prawa wspólnotowego. W niniejszym postępowaniu dyskusja została ograniczona jednakże w ścisłym znaczeniu do art. 6 dyrektywy 92/50.

116. Strony nie wdały się w dyskusję, czy w prawie pierwotnym istnieje porównywalne odstępstwo, pod postacią względu uzasadniającego lub „obiektywnych okoliczności” w rozumieniu wyroku w sprawie Coname, co skutkowałoby tym, że tego typu postępowanie państwa członkowskiego zostałoby wyłączone z zakresu zastosowania prawa pierwotnego.

D — Wnioski

117. Podsumowując, ocena postępowania zaskarżonego przez Komisję wykazała, że nie istniały żadne okoliczności, które uzasadniałyby zezwolenie na świadczenie spornych usług bez jakiegokolwiek formy ogłoszenia.

118. Z pewnością istnieje możliwość zastosowania procedur udzielania zamówień, które nie wymagają ogłoszenia, jednakże w niniejszej sprawie tego rodzaju okoliczności nie wystąpiły lub też wystąpienie ich nie zostało udowodnione.

VI — Koszty

119. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony

przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Irlandii kosztami postępowania Komisji, a Irlandia przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami Komisji. Ponieważ Królestwo Niderlandów brało udział w postępowaniu w charakterze interwenienta, w myśl art. 69 § 4 akapit pierwszy regulaminu pokrywa ono własne koszty.

VII — Wnioski

120. Wobec powyższego proponuję, aby Trybunał:

- 1) stwierdził, że zezwalając na świadczenie przez Dublin City Council usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu przez Eastern Regional Health Authority, wobec braku jakiegokolwiek okoliczności uzasadniającej taką praktykę, Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy traktatu WE;
- 2) obciążył Irlandię kosztami Komisji;
- 3) stwierdził, że Królestwo Niderlandów pokrywa własne koszty.