

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 29 april 2010\*

I mål C-160/08,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 16 april 2008,

**Europeiska kommissionen**, företrädd av M. Kellerbauer och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

**Förbundsrepubliken Tyskland**, företrädd av M. Lumma och J. Möller, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

\* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

**Konungariket Nederländerna**, företrätt av C. M. Wissels och Y. de Vries, båda i egenskap av ombud,

intervenient,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts (referent) samt domarna E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský och T. von Danwitz,

generaladvokat: V. Trstenjak,  
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

och efter att den 11 februari 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

I - 3760

följande

### **Dom**

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg-entreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) samt enligt principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 43 EG och 49 EG, genom att, i fråga om offentliga ambulanstransporter i akuta fall och offentliga kvalificerade sjuktransporter (nedan kallade sjuktransporter), inte ha förfarit på ett öppet sätt, inte ha genomfört några offentliga anbudsinfordringar och inte ha offentliggjort meddelanden om tilldelade kontrakt.

### **Tillämpliga bestämmelser**

*Direktiv 92/50*

- 2 Med "offentliga tjänsteavtal" avses enligt artikel 1 a i direktiv 92/50 skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet.

3 Artikel 3.2 i detta direktiv har följande lydelse:

”De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.”

4 Det nämnda direktivet ska enligt dess artikel 7.1 tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster vilkas uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 200 000 euro.

5 I artikel 10 i samma direktiv anges följande:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns såväl i bilaga 1 A som i bilaga 1 B skall, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 A överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 B, upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III–VI. I motsatt fall skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16.”

6 De avdelningar som anges i artikel 10 i direktiv 92/50 och vilka är tillämpliga fullt ut på de fall som anges i första meningen i samma artikel avser regler om val av förfaranden och bestämmelser i övrigt vid upphandling genom formgivningstävlingar (avdelning III, artiklarna 11–13), gemensamma bestämmelser på det tekniska området (avdelning IV, artikel 14), gemensamma regler för publicering (avdelning V, artiklarna 15–22), och gemensamma regler för deltagande, kriterier för kvalitativt urval samt kriterier för tilldelning av kontrakt (avdelning VI, artiklarna 23–37).

7 Artikel 14 i detta direktiv rör de tekniska specifikationer som ska anges i kontraktshandlingarna.

8 Artikel 16 i nämnda direktiv har följande lydelse:

”1. Upphandlande myndigheter som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller anordnat formgivningstävling skall sända ett meddelande om resultatet till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

2. Dessa meddelanden skall publiceras

— i fråga om offentliga kontrakt om tjänster som upptas i bilaga 1 A: enligt artiklarna 17–20,

— i fråga om formgivningstävlingar: enligt artikel 17.

3. I fråga om offentliga kontrakt om tjänster som förtecknas i bilaga 1 B skall de upphandlande myndigheterna i meddelandet ange om de samtycker till att det publiceras.

...”

- 9 Bland de tjänster som uppräknas i bilaga 1 A till direktiv 92/50 anges under kategori 2 "Landtransport ..., även säkerhets- och kurirtransporter, med undantag av postbefordran", och under kategori 3, "Flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran". Bland de tjänster som uppräknas i bilaga 1 B till direktiv 92/50 anges, under kategori 25, "Hälsovård och socialtjänst".

*Direktiv 2004/18*

- 10 I artikel 1.2 a och d i direktiv 2004/18 finns följande definitioner:

"a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

...

d) *offentliga tjänstekontrakt*: andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

..."

11 I artikel 2 i detta direktiv anges följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

12 Enligt artikel 7 b i nämnda direktiv är detta tillämpligt på offentliga tjänstekontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 249 000 euro. Detta tröskelvärde sänktes till 236 000 euro genom kommissionens förordning (EG) nr 1874/2004 av den 28 oktober 2004 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende tröskelvärden för upphandlingsförfaranden (EUT L 326, s. 17), och därefter till 211 000 euro genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 av den 19 december 2005 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som skall tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 333, s. 28).

13 Artikel 22 i direktiv 2004/18, under avdelning II med rubriken ”Regler om offentliga kontrakt”, har följande lydelse:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade såväl i bilaga II A som i bilaga II B skall, om värdet av tjänsterna i bilaga II A överstiger värdet av tjänsterna i bilaga II B, tilldelas enligt bestämmelserna i artiklarna 23–55. I övriga fall skall kontrakten tilldelas enligt artikel 23 och artikel 35.4.”

14 Artiklarna 23–55 i direktiv 2004/18, vilka samtliga är tillämpliga på de fall som avses i artikel 22 första meningen i detta direktiv, innehåller särskilda regler om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar (artiklarna 23–27), förfaranderegler

(artiklarna 28–34), regler för offentliggörande och öppenhet (artiklarna 35–43) och regler för upphandlingsförfarandets gång (artiklarna 44–45).

15 De tekniska specifikationer som måste ingå i kontraktshandlingarna anges i artikel 23 i direktiv 2004/18.

16 I artikel 35.4 i detta direktiv anges följande:

”En upphandlande myndighet som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller ingått ett ramavtal skall skicka ett meddelande om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts.

...

När det gäller offentliga tjänstekontrakt enligt bilaga II B skall den upphandlande myndigheten i meddelandet ange om den samtycker till att de offentliggörs. ...

...”

17 De tjänster som avses i kategorierna 2 och 3 i bilaga II A och i kategori 25 i bilaga II B till direktiv 2004/18 är identiska med dem som avses i motsvarande kategorier i bilagorna 1 A och 1 B till direktiv 92/50.



## Bakgrund till talan

- 18 Kommissionen mottog flera klagomål från företag, bland annat hemmahörande i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland, beträffande den offentliga upphandlingen av sjuktransporter i denna medlemsstat.

### *Allmän bakgrund*

- 19 I Tyskland ingår organisationen av räddningstjänsten i delstaternas befogenheter.
- 20 Räddningstjänsten är i de flesta delstater organiserad enligt ett tudelat system ("dual System"), även kallat separationsmodellen ("Trennungsmodell"). Detta system grundar sig på en distinktion mellan offentlig räddningstjänst, vilken representerar omkring 70 procent av all räddningstjänst, och räddningstjänster som tillhandahålls med stöd av tillstånd som meddelats i enlighet med delstatslagar om räddningstjänst. Denna sistnämnda grupp representerar omkring 30 procent av all räddningstjänst.
- 21 Den offentliga räddningstjänsten innefattar i regel ambulanstransporter i akuta fall och kvalificerade sjuktransporter. Ambulanstransporter avser transporter av personer som på grund av skada eller sjukdom befinner sig i ett livshotande tillstånd, med

räddningsfordon eller ambulans, under överinseende av kvalificerad personal. Kvalificerade sjuktransporter utgörs av transporter av sjuka eller skadade personer samt personer som har behov av någon form av assistans, men för vilka tillståndet inte är akut, med sjuktransportfordon, under överinseende av kvalificerad personal. Dessa typer av tjänster är i regel tillgängliga för befolkningen under dygnets alla timmar inom hela det berörda området och innefattar oftast en ambulansstation (*Rettungswache*) som kontinuerligt är bemannad med personal och utrustad med utryckningsfordon.

- 22 Sjukvårdstjänster finns i regel tillgängliga vid akuttransporter, men endast i mindre utsträckning vid kvalificerade sjuktransporter. Den övervägande delen ambulanstransporter i akuta fall och samtliga sjuktransporter sker emellertid utan läkare. Det är i regel ambulanspersonal som tillhandahåller sjukvård vid akuttransporter. Insatser från läkare inom akutsjukvården regleras i huvudsak av separata överenskommelser som sluts med sjukhusen.
- 23 I egenskap av myndigheter med ansvar för att organisera räddningstjänsten sluter de regionala eller lokala myndigheterna avtal med leverantörer av dessa tjänster för att tillhandahålla tjänsterna för hela den befolkning som är bosatt inom deras respektive områden. Ersättningen för dessa tjänster betalas antingen direkt av den upphandlande myndigheten, enligt den så kallade anbudsmodellen, vilken är den enda modell som är aktuell i förevarande mål, eller genom att patienterna eller sjukförsäkrade betalar en avgift till uppdragstagaren enligt den så kallade koncessionsmodellen.
- 24 I de klagomål som riktades till kommissionen gjordes gällande att offentliga kontrakt avseende sjuktransporter i Tyskland i regel inte offentliggörs genom meddelanden om upphandling på unionsnivå och att öppenhetsprincipen inte tillämpas vid tilldelning av kontrakten. Enligt vissa av klagomålen utgör de fall som föranledde dessa klagomål uttryck för en allmän upphandlingspraxis i denna medlemsstat.

- 25 De undersökningar som kommissionen genomförde visade att endast tretton meddelanden om upphandling avseende tillhandahållandet av ambulanstransporter i akuta fall och kvalificerade sjuktransporter offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* eller *Europeiska unionens officiella tidning* åren 2001–2006. Dessa meddelanden härrörde från elva olika regionala eller lokala myndigheter. Under samma period var även antalet meddelanden om resultatet av upphandlingarna mycket begränsade och uppgick till endast två stycken.

*De fall som ligger till grund för talan*

- 26 De fall som har anmälts till kommissionen och som har åberopats av denna som exempel på den upphandlingspraxis som avses i förevarande talan rör delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen.

Delstaten Sachsen-Anhalt

- 27 Enligt kommissionens uppgifter tillämpar staden Magdeburg sedan oktober månad 2005 ett "tillståndsförfarande" ("Genehmigungsverfahren") för tilldelning av kontrakt om offentliga sjuktransporter med ekonomiska villkor. Tjänsterna består i att tillhandahålla personal och fordon för ambulanstransporter i akuta fall och för kvalificerade sjuktransporter under perioden 2007–2011. Värdet på detta kontrakt uppgår till ett årligt belopp av 7,84 miljoner euro. Något meddelande om upphandling har inte offentliggjorts på unionsnivå.

## Delstaten Nordrhein-Westfalen

- 28 Enligt kommissionens uppgifter tilldelade staden Bonn under år 2004 ett kontrakt avseende offentliga sjuktransporter för perioden den 1 januari 2005–31 december 2008. Föremålet för kontraktet var bland annat driften av fyra ambulansstationer. Det totala värdet på kontraktet var minst 5,28 miljoner euro. Kontraktet offentliggjordes i ett meddelande om upphandling på nationell nivå, men inte på unionsnivå. Åtminstone en anbudsgivare uteslöts efter att ha anmält intresse. Upphandlingsförfarandet avbröts till slut på grund av att det inte gav något ekonomiskt utfall. Det ifrågavarande kontraktet tilldelades slutligen den leverantör som redan tidigare tillhandahöll tjänsterna.
- 29 Ett företag meddelade, enligt kommissionen, 1998 staden Witten att det var intresserat av att ta över driften av ambulansstationen i Witten-Herbede. Emellertid tilldelades Deutsche Rote Kreuz (tyska röda korset, nedan kallat DRK) driften av denna ambulansstation, vilket motsvarade ett kontrakt med ett årligt värde på 945 753 euro. Något meddelande om upphandling offentliggjordes inte på unionsnivå.

## Delstaten Niedersachsen

- 30 Enligt kommissionens uppgifter genomförde regionen Hannover 2004 för första gången en offentlig upphandling av offentliga sjuktransporter inom sitt område. Endast de aktörer som redan tillhandahöll dessa tjänster, nämligen Arbeiter-Samariter-Bund (nedan kallat ASB), DRK, Johanniter-Unfallhilfe (nedan kallat JUH) och RKT GmbH, tilläts delta i denna upphandling. Värdet av detta kontrakt, som gäller för perioden den 1 januari 2005–31 december 2005 är närmare 65 miljoner euro.

- 31 Vidare gav, enligt kommissionen, Landkreis (sekundärkommunen) Hameln-Pyrmont, år 1993, i uppdrag åt DRK:s lokala avdelning att tillhandahålla sjuktransporter inom det område som hör under kommunen. Kontraktet, som inledningsvis gällde under tio år, har inte sagts upp utan förlängdes år 2003 med ytterligare tio år utan att ett meddelande om upphandling offentliggjordes. Dessutom inrättades 1999 en ny ambulansstation i Landkreis Emmerthal, och DRK fick även där uppdraget att driva denna station utan att det dessförinnan hade offentliggjorts något meddelande om upphandling. Det totala värdet på dessa kontrakt uppgår till 7,2 miljoner euro per år.
- 32 Kommissionen har även inhämtat uppgifter enligt vilka DRK:s lokala avdelning sedan år 1992 tillhandahåller offentliga sjuktransporter i Landkreis Uelzen. Det avtal som hade slutits mellan Landkreis Uelzen och DRK:s lokala avdelning utvidgades år 2002 till att även omfatta driften av en ambulansstation i Bad Bevensen utan att det dessförinnan hade offentliggjorts något meddelande om upphandling. Kontraktet uppgår till ett årligt värde av 4,45 miljoner euro.

### Delstaten Sachsen

- 33 Enligt de uppgifter som kommissionen har inhämtat gällde kontrakten mellan Rettungszweckverband Westsachsen (interkommunal sammanslutning för räddningstjänst i västra Sachsen) och ASB, DRK, JUH samt yrkesbrandkåren i Zwickau för en inledande period på fyra år. Kontrakten avser Landkreis Chemnitzer Land, Landkreis Aue-Schwarzenberg, Landkreis Zwickauer Land samt staden Zwickau. Dessa kontrakt, som uppgår till ett sammanlagt årligt värde av 7,9 miljoner euro, förlängdes år 2003 med fyra år utan att något meddelande om upphandling offentliggjordes. När kontrakten löpte ut förlängdes de till och med den 31 december 2008.
- 34 Kontrakten mellan Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg och ASB, DRK, JUH samt yrkesbrandkåren i Chemnitz gällde för en inledande period på fyra år.

Kontrakten avser Landkreis Stollberg och staden Chemnitz. Dessa kontrakt, som uppgår till ett sammanlagt årligt värde på 3,3 miljoner euro, förlängdes år 2002 med fyra år utan att något meddelande om upphandling offentliggjordes. När kontrakten löpte ut förlängdes de till och med den 31 december 2008.

- <sup>35</sup> Kontrakten mellan Rettungszweckverband Vogtland och ASB, DRK, JUH, det privata räddningstjänstsföretaget i Plauen och yrkesbrandkåren i Plauen gällde för en period på fyra år. Kontrakten avser Landkreis Vogtland och staden Plauen. Dessa kontrakt, som uppgår till ett sammanlagt årligt värde av 3,9 miljoner euro, ingicks utan att något meddelande om upphandling hade offentliggjorts och började gälla den 1 januari 2002 respektive den 1 januari 2004. När kontrakten löpte ut förlängdes de till och med den 31 december 2008.

### **Det administrativa förfarandet**

- <sup>36</sup> Kommissionen gjorde i en formell underrättelse till Förbundsrepubliken Tyskland av den 10 april 2006 gällande att

— Tyskland till och med den 31 januari 2006 hade åsidosatt artikel 10 i direktiv 92/50, jämförd med avdelningarna III–VI i det direktivet, och att Tyskland från och med den 1 februari 2006 hade åsidosatt artikel 22 i direktiv 2004/18, jämförd med artiklarna 23–55 i det direktivet, vid tilldelningen av kontrakt med ekonomiska villkor, som avser räddningstjänst, och som huvudsakligen avsåg transporttjänster i den mening som avses i kategorierna 2 och 3 i bilaga 1 A till direktiv 92/50 eller i bilaga II A till direktiv 2004/18, och att

- Tyskland till och med den 31 januari 2006 hade åsidosatt artikel 10 i direktiv 92/50, jämförd med artikel 16 i det direktivet, och att Tyskland från och med den 1 februari 2006 hade åsidosatt artikel 22 i direktiv 2004/18, jämförd med artikel 35.4 i det direktivet, och att Tyskland i vart fall hade åsidosatt principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 43 EG och 49 EG (särskilt förbudet mot diskriminering i dessa artiklar) vid tilldelningen av kontrakt med ekonomiska villkor, som avser räddningstjänst, och som huvudsakligen avsåg hälsovårdstjänster i den mening som avses i kategori 25 i bilaga 1 B till direktiv 92/50 eller i bilaga II B till direktiv 2004/18.
- 37 Förbundsrepubliken Tyskland besvarade den formella underrättelsen genom en skrivelse av den 10 juli 2006, i vilken förbundsrepubliken bland annat gjorde gällande att de uppgifter som den offentliga räddningstjänsten anförtrotts regleras genom offentligrättsliga regler och att genomförandet av dessa uppgifter omfattas av statens suveränitet. Kontrakt om sjuktransporter kan enligt denna medlemsstat följaktligen inte kategoriseras som offentliga tjänstekontrakt.
- 38 Kommissionen fann inte svaret tillfredsställande och tillställde därför den 15 december 2006 Förbundsrepubliken Tyskland ett motiverat yttrande. I det motiverade yttrandet vidhöll kommissionen sina anmärkningar från den formella underrättelsen och anmodade nämnda medlemsstat att inom två månader från mottagandet av yttrandet vidta nödvändiga åtgärder för att fördragsbrottet skulle upphöra.
- 39 Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland, i sitt svar av den 22 februari 2007 på det motiverade yttrandet, förklarade att den vidhöll sin ståndpunkt, beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

## Talan

### *Upptagande till sakprövning*

- 40 Eftersom villkoren för att ta upp en talan och de anmärkningar som anges däri till sakprövning utgör tvingande rätt, kan domstolen, enligt artikel 92.2 i domstolens rättegångsregler, ex officio pröva om dessa villkor är uppfyllda. Enligt gällande rätt ska även domstolen ex officio kontrollera om de processuella garantier som följer av unionens rättsordning har iakttagits (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 maj 1991 i mål C-291/89, Interhotel mot kommissionen, REG 1991, s. I-2257, punkterna 14 och 15).
- 41 Syftet med det administrativa förfarandet är att ge den berörda medlemsstaten möjlighet att dels fullgöra sina skyldigheter enligt unionsrätten, dels göra invändningar mot de anmärkningar som kommissionen har framställt (dom av den 24 juni 2004 i mål C-350/02, kommissionen mot Nederländerna, REG 2004, s. I-6213, punkt 18).
- 42 Ett korrekt genomförande av detta förfarande fordras enligt fördraget, inte endast som en garanti för skyddet av den berörda medlemsstatens rättigheter utan också för att säkerställa att tvisteföremålet för ett eventuellt domstolsförfarande blir klart avgränsat (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 19).
- 43 Härav följer att föremålet för en talan som väcks med stöd av artikel 226 EG avgränsas av det administrativa förfarande som föreskrivs i denna bestämmelse och att det följaktligen därefter inte längre kan utvidgas under domstolsförfarandet. Kommissionens motiverade yttrande och talan ska vila på samma argumentation och grunder. Detta innebär att domstolen inte kan pröva en anmärkning som inte har framställts i det motiverade yttrandet, vilket ska innehålla en konsekvent och utförlig redogörelse för skälen till att kommissionen anser att den berörda medlemsstaten har underlåtit



att uppfylla en av sina skyldigheter enligt fördraget (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 20, och dom av den 27 april 2006 i mål C-441/02, kommissionen mot Tyskland, REG 2006, s. I-3449, punkterna 59 och 60).

- 44 Det ankommer därför på kommissionen att redan under det administrativa förfarandet fastställa i vilken eller vilka bestämmelser den skyldighet som medlemsstaten påstås ha underlåtit att uppfylla anges (se dom av den 22 mars 2007 i mål C-437/04, kommissionen mot Belgien, REG 2007, s. I-2513, punkt 39).
- 45 I förevarande fall har kommission såväl i den formella underrättelsen som i det motiverade yttrandet begränsat den anmärkning som hänför sig till ett åsidosättande av artiklarna 43 EG och 49 EG till att avse tilldelningen av kontrakt om offentliga sjuktransporter, i vilka värdet av hälsovårdstjänster i den mening som avses i bilaga 1 B till direktiv 92/50 eller i bilaga II B till direktiv 2004/18 överväger i förhållande till värdet av transporttjänster i den mening som avses i bilaga 1 A till direktiv 92/50 eller i bilaga II A till direktiv 2004/18.
- 46 Kommissionens anmärkning beträffande tilldelningen av kontrakt, i vilka tyngdpunkten är den omvända, grundade sig under det administrativa förfarandet på ett åsidosättande av direktiven 92/50 och 2004/18. Varken i den formella underrättelsen eller i det motiverade yttrandet har kommissionen angett att artiklarna 43 EG och 49 EG skulle ha åsidosatts när dessa kontrakt tilldelades.
- 47 I sin ansökan har däremot kommissionen gjort gällande att artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts även vid tilldelningen av de kontrakt som nämns i föregående punkt. Detta innebär dock en rättsstridig utvidgning av talan om det påstådda fördragsbrottet, såsom det definierades under det administrativa förfarandet. Följaktligen ska

talán avvisas i den del den avser att artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts beträffande dessa kontrakt.

- 48 I den utsträckning som talan, vid en läsning av vissa avsnitt i ansökan, ska förstås så, att den innefattar en anmärkning grundad på att artikel 3.2 i direktiv 92/50 eller artikel 2 i direktiv 2004/18 har åsidosatts vid de aktuella upphandlingarna, noterar domstolen att kommissionen under det administrativa förfarandet inte har angett att dessa bestämmelser skulle ha åsidosatts. Följaktligen ska talan avvisas i den del den är grundad på att dessa bestämmelser har åsidosatts.
- 49 Slutligen följer det av artikel 38.1 jämförd med artikel 42.2 i rättegångsreglerna att föremålet för talan måste anges i ansökan. Ett yrkande som framförs för första gången i repliken ändrar det ursprungliga föremålet för talan och måste således anses utgöra ett nytt yrkande, som därmed ska avvisas
- 50 I förevarande fall har kommissionen i sin ansökan uttryckligen angett att även om påtalad upphandlingspraxis likaså förekommer i andra delstater, så är talan begränsad till upphandlingarna i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen.
- 51 Kommissionens yrkande i sin replik att domstolen ska fastställa att påtalad upphandlingspraxis förekommer inom hela Förbundsrepubliken Tyskland utgör under dessa förutsättningar en rättsstridig utvidgning av föremålet för talan. Kommissionens talan ska således avvisas i den del den avser andra delstater än dem som har angetts i föregående punkt.

52 Av det anförda följer att talan ska avvisas i den del den avser att domstolen ska fastställa

- att artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts vid tilldelningen av kontrakt om offentliga sjuktransporter, i vilka värdet av transporttjänster i den mening som avses i bilaga 1 B till direktiv 92/50 eller i bilaga II B till direktiv 2004/18 överväger i förhållande till värdet av hälsovårdstjänster i den mening som avses i bilaga 1 A till direktiv 92/50 eller i bilaga II A till direktiv 2004/18,
- att artikel 3.2 i direktiv 92/50 eller artikel 2 i direktiv 2004/18 har åsidosatts, och
- att det förekommer en praxis vid upphandling av offentlig räddningstjänst i strid med unionsrätten i andra delstater än Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen.

### *Prövning i sak*

#### Parternas argument

53 Kommissionen har i första hand gjort gällande att artiklarna 10 och 16 i direktiv 92/50 har åsidosatts, liksom artiklarna 22 och 35.4 i direktiv 2004/18. Kommissionen har gjort gällande att oberoende av värdet av transporttjänsterna respektive hälsovårdstjänsterna i de i talan angivna kontrakten, så har resultatet av tilldelningen av dessa kontrakt inte offentliggjorts i någon form.

- 54 Kommissionen har även gjort gällande att principen om förbud mot diskriminering i artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts, vilken innebär förpliktelser för de upphandlande myndigheterna som går utöver de förpliktelser som följer av direktiven 2/50 och 2004/18. Villkoret om ett bestämt gränsöverskridande intresse som uppställdes i domstolens dom av den 13 november 2007 i mål 9C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777), punkterna 29 och 30, är uppfyllt i förevarande fall, med hänsyn till ursprunget för de klagomål som har gjorts hos kommissionen samt till det ekonomiska värdet på de tjänster som det är fråga om.
- 55 Kommissionen har hävdat att de fall som har anmälts till den visar på en allmän upphandlingspraxis som innebär att offentliga kontrakt avseende sjuktransporter tilldelas, utan att de bestämmelser i unionsrätten som syftar till att säkerställa öppenhet, och till att dessa kontrakt blir föremål för konkurrens, iakttas. Det mycket begränsade antalet upphandlingsförfaranden som har inletts på europeisk nivå av de regionala och lokala myndigheterna, närmare bestämt tretton meddelanden om upphandling under en tioårsperiod, offentliggjorda av elva, av mer än 400, Landkreise och städer, bekräftar att denna praxis föreligger.
- 56 Kommissionen har för det andra gjort gällande att hänsyn till statens suveränitet inte motiverar att de tyska regionala och lokala myndigheterna åsidosätter unionsrätten om offentlig upphandling av tjänster.
- 57 Enligt kommissionen omfattas de ifrågavarande tjänsterna inte av artiklarna 45 EG eller 55 EG, med hänsyn till att de inte i sig är direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt. Kommissionen framhåller särskilt att den som tillhandahåller tjänsterna varken har särskilda tvångs- eller ingripandebefogenheter.
- 58 Varken användningen av blåljus, sirener eller rätten till fri väg, i den mening som avses i den tyska vägtrafiklagstiftningen, för dem som tillhandahåller dessa tjänster, eller den omständigheten att akuta räddningstjänstsinsatser kan genomföras utan

den skadades samtycke eller av ambulanspersonal som inte har en fullständig medicinsk utbildning, kan ses som uttryck för en sådan makt eller sådana befogenheter.

- 59 Även om det i enlighet med vad Förbundsrepubliken Tyskland har anfört antas att offentliga räddningstjänster, för de offentliga organ som har ansvar för dessa tjänster, innebär uppdrag direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt, medför inte det faktum att de som tillhandahåller sjuktransporter integreras funktionellt, i planeringen, organisationen och administrationen av dessa tjänster, att dessa personer har suveräna rättigheter eller befogenheter att vidta tvångsåtgärder.
- 60 Kommissionen har för det tredje gjort gällande att artikel 86.2 EG inte kan åberopas i förevarande mål. Kommissionen har betonat att domen av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, *Ambulanz Glöckner* (REG 2001, s. I-8089), inte har någon relevans för bedömningen av om påtalad upphandlingspraxis strider mot unionens upphandlingsrätt. För att denna bestämmelse ska vara tillämplig krävs vidare att det visas att reglerna om den inre marknaden skulle hindra tillhandahållandet av en effektiv och lönsam räddningstjänst av god kvalitet, vilket Förbundsrepubliken Tyskland aldrig har påstått.
- 61 Förbundsrepubliken Tyskland har i första hand invänt mot vissa av de faktiska omständigheter som kommissionen har åberopat.
- 62 Förbundsrepubliken Tyskland har vad gäller det upphandlingsförfarande som genomfördes av staden Bonn gjort gällande följande. Anbudsgivaren uteslöts i detta fall på grund av att denne, med hänsyn till bristande vederhäftighet, hade nekats det förnyade tillstånd att bedriva privat räddningstjänst som krävs enligt lag i delstaten Nordrhein-Westfalen. Staden Bonn var skyldig att ta hänsyn till den omständigheten att ett tillstånd saknades vid en offentlig upphandling.

- 63 Vad därefter gäller ambulansstationen i Bad Bevensen har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att det förfarande som ledde till att ett kontrakt slöts i april 2004 som enda syfte hade att DRK:s lokala avdelning skulle överta drift, personal och materiel från kommunsammanslutningen Bevensen samt det kontrakt från juli 1984 som band nämnda kommunsammanslutning till Landkreis Uelzen. Kontraktet från april 2004 utgjorde en fortsättning på det kontrakt som hade slutits i juli 1984 och omfattades därför inte av direktiv 92/50. Kontraktet från år 2004 har inte inneburit några större förändringar av det första kontraktet, vare sig när det gäller syftet, det geografiska område inom vilket avtalet ska tillämpas, de tjänster som ska tillhandahållas eller det sätt på vilket tjänsterna finansieras.
- 64 Vad därefter gäller delstaten Sachsen har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att det påstådda fördragsbrottet har upphört genom att de kontrakt som förnyades mellan år 2002 och år 2004 har löpt ut samt genom att en ny lagstiftning trädde i kraft i denna delstat i januari 2005. Hädanefter ska enligt denna lagstiftning ett öppet upphandlingsförfarande tillämpas vid upphandling av offentliga sjuktransporter.
- 65 Förbundsrepubliken Tyskland har för det andra, med stöd av Konungariket Nederländerna, gjort gällande att eftersom offentliga sjuktransporter utgör en del av det allmännas insatser för att förebygga risker och skydda folkhälsan, omfattas offentliga sjuktransporter av undantagen i artiklarna 45 EG och 55 EG. Dessa sjuktransporter omfattas därmed inte av unionens regler om offentlig upphandling.
- 66 Förbundsrepubliken Tyskland har betonat att kvalificeringen av en verksamhet enligt nationell rätt är avgörande för bedömningen av huruvida en verksamhet ska anses förenad med utövandet av offentlig makt. Organisationer av offentliga sjuktransporter, däribland de kontrakt som ingås med leverantörerna av dessa tjänster, omfattas i förevarande fall av offentligrättsliga regler. Framför allt är den verksamhet som anförtros dessa leverantörer förenad med utövandet av offentlig makt, vilket framgår av den rätt till fri väg som förarna av uttryckningsfordon har och de attribut som hänger samman med denna rätt (blåljus och sirener).

- 67 Förbundsrepubliken Tyskland har tillagt att verksamheter kopplade till offentliga sjuktransporter typiskt sett förutsätter speciella befogenheter, nämligen planering, organisation och administration av tjänsterna, möjligheten att ålägga tredjeman en skyldighet att lämna uppgifter och göra anmälningar, att besluta om insatser från andra specialiserade organ, samt att utse personal från dessa organ till administrativa tjänstemän. Dessa verksamheter grundar sig på en nära samordning mellan de olika delarna – mänskliga och tekniska – i ”räddningstjänstskedjan”, som endast en myndighet kan garantera på en permanent basis inom hela det aktuella området.
- 68 Vidare anser Förbundsrepubliken Tyskland och Konungariket Nederländerna att den omständigheten att offentlig räddningstjänst i sig innebär myndighetsutövning av det offentliga organ som har ansvar för verksamheten talar för en funktionell koppling mellan leverantörerna av dessa tjänster och utövandet av offentlig makt. Detsamma gäller för samarbetet mellan dessa leverantörer och andra aktörer som också är involverade i planering, organisation och administration av dessa tjänster, som polis, civilförsvaret och brandkåren, vilka är ålagda att förebygga eller skydda och vilka kan vidta evakuerings-, säkerhets-, och avspärrningsåtgärder samt lämna biträde vid verkställighetsåtgärder, som till exempel avseende transport av psykiskt sjuka personer. Dessa uppgifter är karaktäristiska för myndighetsutövning.
- 69 Förbundsrepubliken Tyskland har för det tredje, även här med stöd av Konungariket Nederländerna, gjort gällande att sjuktransporter omfattas av begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG. Enligt denna bestämmelse är det tillåtet att göra avsteg både från konkurrensreglerna (se domen i det ovannämnda målet *Ambulanz Glöckner*) och de grundläggande friheterna samt reglerna om offentlig upphandling.
- 70 Enligt Förbundsrepubliken Tyskland är ett sådant avsteg från nämnda friheter och regler nödvändigt för att möjliggöra korssubventioner mellan tätbefolkade områden

där sjuktransporter är lönsamma och glesbefolkade områden där sjuktransporter är betydligt mindre lönsamma.

- 71 Den koppling som finns mellan räddningstjänst och civilförsvaret talar även den för att avsteg kan göras från unionslagstiftningen om offentlig upphandling. Skyldigheten för staten att ombesörja civilförsvaret i katastrofsituationer innebär ett krav på att nationella hälso- och sjukvårdsorgan skyddas, vilka är skyldiga att bistå med hjälp i sådana situationer och vilka garanterar att det finns ett stort antal frivilliga tillgängliga, som är bosatta i närheten av platsen där insatsen äger rum.

### Domstolens bedömning

- 72 Mot bakgrund av följderna av att bestämmelserna i artiklarna 45 första stycket EG och 55 EG tillämpas, ska det inledningsvis utredas huruvida dessa bestämmelser ska tillämpas i förevarande mål (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 13 december 2007 i mål C-465/05, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-11091, punkt 31).

— Undantaget i artikel 45 första stycket EG jämförd med artikel 55 EG

- 73 Enligt artikel 45 första stycket EG, jämförd med artikel 55 EG, gäller inte bestämmelserna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster sådan verksamhet hos medlemsstaten som, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.



- 74 Som generaladvokaten har anfört i punkt 51 i sitt förslag till avgörande omfattas sådana verksamheter inte heller av direktiv, som i likhet med direktiven 92/50 och 2004/18, har till syfte att genomföra fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster.
- 75 Det ska därför undersökas om de ifrågavarande sjuktransporterna i förevarande fall är att betrakta som sådana verksamheter som avses i artikel 45 första stycket EG.
- 76 Artiklarna 45 EG och 55 EG ska, i egenskap av undantag från de grundläggande reglerna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster, tolkas så att deras räckvidd begränsas till att endast omfatta vad som är absolut nödvändigt för att säkerställa de hänsyn som medlemsstaterna ges rätt att skydda (se, bland annat, dom av den 15 mars 1988 i mål 147/86, kommissionen mot Grekland, REG 1988, s. 1637, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 9, s. 439, av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, REG 2006, s. I-2941, punkt 45, och av den 22 oktober 2009 i mål C-438/08, kommissionen mot Portugal, REG 2009, s. I-10219, punkt 34).
- 77 Av fast rättspraxis framgår även att vid bedömningen av om undantagen i artiklarna 45 EG och 55 EG är tillämpliga ska det beaktas att gränserna för dessa undantag framgår av unionsrätten (se, bland annat, dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners, REG 1974, s. 631, punkt 50, svensk specialutgåva, volym 2, s. 309, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 35).
- 78 Enligt fast rättspraxis ska de undantag som avses i dessa artiklar endast tillämpas på verksamheter som i sig är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt (se domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 45, dom av den 13 juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen, REG 1993, s. I-4047, punkt 8, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 36).

- 79 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 58 i sitt förslag till avgörande förutsätter en sådan koppling att det är fråga om ett tillräckligt kvalificerat utövande av särskilda befogenheter, av myndighetsbefogenheter eller av befogenheter att vidta tvångsåtgärder.
- 80 Det bör för det första betonas att bidrag till skyddet av folkhälsan inte utgör en verksamhet som i sig är förenad med utövandet av offentlig makt. Var och en kan behöva lämna ett sådant bidrag, bland annat genom att bistå någon vars liv eller hälsa är i fara (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien, REG 1998, s. I-6717, punkt 37, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 38).
- 81 Rätten för dem som tillhandahåller sjuktransporter att använda sig av hjälpmedel som blåljus eller sirener, liksom rätten till fri väg enligt tysk vägtrafiklagstiftning, visar förvisso på den avgörande betydelse som den nationella lagstiftaren har fäst vid folkhälsan i förhållande till allmänna trafikregler.
- 82 Sådana rättigheter kan emellertid inte i sig betraktas som direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt med avseende på de berörda leverantörerna, såvida inte dessa getts särskilda rättigheter eller befogenheter att vidta tvångsåtgärder i syfte att garantera att den offentliga makten upprätthålls. Parterna är ense om att sådana befogenheter tillfaller polisen och rättsväsendet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 39, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 44)
- 83 Inte heller kan, vad Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande om särskilda organisatoriska befogenheter med avseende på de aktuella tjänsterna, befogenheten

att begära att tredjeman lämnar uppgifter, ingripanden från andra specialiserade organ eller deltagandet i utseendet av administrativa tjänstemän för de ifrågavarande tjänsterna, betraktas som ett tillräckligt kvalificerat utövande av offentliga maktbefogenheter eller av särskilda rättigheter.

- <sup>84</sup> Det faktum, som även har betonats av Förbundsrepubliken Tyskland, att tillhandahållandet av offentliga sjuktransporter innebär ett samarbete med myndigheter och yrkesgrupper som har offentliga maktbefogenheter, som poliskåren, innebär inte heller att dessa tjänster är förenade med utövandet av offentlig makt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 51).
- <sup>85</sup> Detsamma gäller den omständigheten, som även den har påtalats av Förbundsrepubliken Tyskland, att de tjänstekontrakt som har ingåtts omfattas av offentlig rätt och att de berörda verksamheterna utförs på uppdrag av offentligrättsliga enheter som ansvarar för räddningstjänsten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2007 i mål C-281/06, Jundt, REG 2007, s. I-12231, punkterna 36–39).
- <sup>86</sup> Artiklarna 45 EG och 55 EG kan följaktligen inte tillämpas på de verksamheter som det är fråga om i förevarande mål.
- <sup>87</sup> Det ska således prövas huruvida kommissionens fördragsbrottstalan är styrkt.

## — Det av kommissionen påstådda fördragsbrottet

- 88 Det framgår inledningsvis av de upplysningar som kommissionen har lämnat i sina skriftliga inlagor till domstolen att talan är begränsad till den form för att tillhandahålla offentliga sjuktransporter i Förbundsrepubliken Tyskland som kallas anbudsmodellen. Enligt denna modell betalas den leverantör som tilldelas ett kontrakt direkt av den upphandlande myndigheten, med vilken leverantören har slutit avtal, eller av ett betalningsorgan knutet till den upphandlande enheten.
- 89 Vidare har Förbundsrepubliken Tyskland inte bestritt kommissionens påstående, att de regionala och lokala myndigheter som har tilldelat kontrakt i de olika upphandlingar som har angetts i talan utgör upphandlande myndigheter, i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50 eller i artikel 1.9 i direktiv 2004/18 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland, REG 2004, s. I-11197, punkt 18).
- 90 Den omständigheten, som har åberopats av Förbundsrepubliken Tyskland, att de kontrakt genom vilka uppdragen har tilldelats uppdragstagarna omfattas av offentlig rätt förtar inte det faktum att det föreligger ett sådant avtalsmoment som krävs enligt artikel 1 a i direktiv 92/50 eller artikel 1.2 a i direktiv 2004/18. Som kommissionen påpekar talar denna omständighet tvärtom för att det föreligger ett sådant moment (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., REG 2001, s. I-5409, punkt 73).
- 91 Förbundsrepubliken Tyskland har på intet sätt bestritt att det skulle röra sig om skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor. Förbundsrepubliken Tyskland har inte heller invänt mot de sifferuppgifter som kommissionen har åberopat och enligt vilka värdet av respektive kontrakt klart överstiger de tröskelvärden som anges i artikel 7 i direktiv 92/50 eller i direktiv 2004/18.

- 92 Vidare är det ostridigt mellan parterna att de ambulanstransporter i akuta fall eller de kvalificerade sjuktransporter som är i fråga i förevarande fall omfattas såväl av kategorierna 2 och 3 i bilaga 1 A till direktiv 92/50 eller i bilaga II A till direktiv 2004/18, som av kategori 25 i bilaga 1 B till direktiv 92/50 eller i bilaga II B till direktiv 2004/18. Detta innebär att kontrakt som avser sådana tjänster omfattas av artikel 10 i direktiv 92/50 eller av artikel 22 i direktiv 2004/18 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel, REG 1998, s. I-5357, punkt 40).
- 93 Däremot har Förbundsrepubliken Tyskland bestritt vissa av de omständigheter som har åberopats av kommissionen. Likaså har Förbundsrepubliken Tyskland invänt mot kommissionens påstående att dessa omständigheter skulle visa på en allmän upphandlingspraxis för offentliga sjuktransporter.

#### De av kommissionen påstådda omständigheterna

- 94 Det följer av fast rättspraxis att när kommissionen har åberopat utförliga klagomål av vilka det framgår att unionsrätten har åsidosatts vid upprepade tillfällen, åligger det den berörda medlemsstaten att i konkreta ordalag bestrida de omständigheter som görs gällande i dessa klagomål (se dom av den 19 mars 2009 i mål C-489/06, kommissionen mot Grekland, REG 2009, s. I-1797, punkt 40 och där angiven rättspraxis).
- 95 Förbundsrepubliken Tyskland har inte ifrågasatt riktigheten i de omständigheter som kommissionen har åberopat beträffande det kontrakt som tilldelades av staden Magdeburg i delstaten Sachsen-Anhalt, kontraktet avseende ambulansstationen i Witten-Herbede i delstaten Nordrhein-Westfalen eller de kontrakt som tilldelades av regionen Hannover och Landkreis Hameln-Pyrmont i Niedersachsen. Dessa kontrakt har nämnts i punkterna 27 och 29–31 i denna dom.

- 96 Nämnda medlemsstat har däremot bestritt de faktiska omständigheterna som kommissionen har åberopat beträffande de kontrakt som tilldelades av staden Bonn och Landkreis Uelzen och av olika offentligrättsliga subjekt i delstaten Sachsen.
- 97 De förklaringar som Förbundsrepubliken Tyskland har gett angående skälen för att utesluta en tysk anbudsgivare vid den upphandling som genomfördes av staden Bonn, vilken har nämnts i punkt 28 i förevarande dom, förtar inte kommissionens påstående att de unionsrättsliga bestämmelserna om öppenhet vid offentliga upphandlingar inte har iakttagits i samband med detta kontrakt. Dessa påståenden har heller inte bestritts av Förbundsrepubliken Tyskland.
- 98 Såsom framgår av parternas skriftväxling vid domstolen består kommissionens anmärkning beträffande det kontrakt som tilldelades av Landkreis Uelzen, vilket har nämnts i punkt 32 i förevarande dom, i att det kontrakt som slöts år 1984 mellan Landkreis Uelzen och DRK:s lokala avdelning, utvidgades år 2004 till att omfatta driften av ambulansstationen i Bad Bevensen, utan att unionsrätten om offentlig upphandling iakttogs.
- 99 En ändring av ett ursprungligt kontrakt kan anses vara betydande, och innebära en ny upphandling i den mening som avses i direktiv 92/50 eller i direktiv 2004/18, bland annat när det i väsentlig grad utvidgas till att även omfattar tjänster som inte först avsågs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2008, i mål C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-4401, punkt 36).
- 100 Det framgår av handlingarna i målet att kontraktsvärdet för driften av ambulansstationen i Bad Bevensen uppgår till 673 719,92 euro, det vill säga ett belopp som klart överstiger gränsvärdet i artikel 7 i direktiven 92/50 och 2004/18.

- 101 I likhet med vad kommissionen anser ska, under dessa förutsättningar, den utvidgning av kontraktet som avses i punkt 98 i förevarande dom betraktas som en betydande ändring av det ursprungliga kontraktet, vilket innebar att det var nödvändigt att iaktta relevanta unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling.
- 102 Förbundsrepubliken Tysklands påstående avseende de i delstaten Sachsen tilldelade kontrakten, nämnda i punkterna 33–35 i denna dom, att fördragsbrottet skulle ha upphört genom att de kontrakt som förnyades mellan år 2002 och år 2004 har upphört att gälla och att en ny delstatslag om införande av ett öppet förfarande vid offentliga upphandlingar av räddningstjänster trädde i kraft i januari 2005, förtar inte kommissionens påstående att dessa kontrakt förlängdes enligt den tidigare lagstiftningen till och med den 31 december 2008 utan att det iaktogs någon öppenhet på unionsnivå. Detta påstående har heller inte bestritts av Förbundsrepubliken Tyskland.
- 103 De omständigheter som kommissionen har gjort gällande i fråga om de olika kontrakten i delstaten Sachsen förelåg vid utgången av den tidsfrist som anges i det motiverade yttrandet, som är den relevanta tidpunkten för bedömningen av huruvida ett påstått fördragsbrott föreligger (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2009 i mål C-562/07, kommissionen mot Spanien, REG 2009, s.I-9553, punkt 23).
- 104 Av det anförda följer att samtliga faktiska omständigheter som kommissionen har åberopat ska anses styrkta.

### Påtalad upphandlingspraxis

- 105 Förbundsrepubliken Tyskland har klandrat kommissionen för att den utifrån enskilda fall drar slutsatsen att det föreligger en allmän upphandlingspraxis avseende offentliga sjuktransporter som står i strid med unionsrätten.

- 106 Domstolen erinrar i det avseendet om att kommissionen får begära att domstolen ska fastställa att bestämmelser i unionsrätten inte har följts, på grund av att myndigheterna i en medlemsstat har antagit en allmän praxis som strider mot dessa bestämmelser, och därvid illustrera denna praxis med särskilda situationer som exempel (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2007 i mål C-248/05, kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-9261, punkt 64 och där angiven rättspraxis).
- 107 För att ett fördragsbrott ska kunna fastställas på grundval av administrativ praxis i en medlemsstat ska kommissionen inge en tillräckligt dokumenterad och utförlig beskrivning av den praxis som läggs den nationella förvaltningen till last. Det krävs att denna administrativa praxis har en tillräckligt varaktig och allmän karaktär. Kommissionen kan härvid inte stödja sig på någon presumtion (se dom av den 7 juni 2007 i mål C-156/04, kommissionen mot Grekland, REG 2007, s. I-4129, punkt 50 och där angiven rättspraxis, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 48).
- 108 När kommissionen har tillhandahållit tillräckliga uppgifter för att det ska anses styrkt att myndigheterna i svarandemedlemsstaten har utvecklat en upprepad och varaktig praxis som strider mot unionsrätten, åligger det denna medlemsstat att sakligt och utförligt bestrida de på detta sätt framlagda uppgifterna och de konsekvenser som följer härav (se dom av den 26 april 2005 i mål C-494/01, kommissionen mot Irland, REG 2005, s. I-3331, punkt 47, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, punkt 69).
- 109 Såsom framgår av punkterna 95–104 i förevarande dom har Förbundsrepubliken Tyskland inte kunnat vederlägga kommissionens påståenden om att unionsrätten har åsidosatts vid upprepade tillfällen i samband med tilldelning av kontrakt avseende offentliga sjuktransporter i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen. Inte heller har Förbundsrepubliken Tyskland ingett



bevisning för att andra kontrakt som har tilldelats enligt anbudsmodellen i dessa delstater har tilldelats i enlighet med unionsrätten om offentlig upphandling.

- 110 Som generaladvokaten har påtalat i punkt 150 i sitt förslag till avgörande har Förbundsrepubliken Tyskland inte bestritt kommissionens uppgifter om att kontrakt avseende offentliga sjuktransporter endast i ett mycket litet antal fall har tilldelats i enlighet med unionsrätten, vilket tvärtom bekräftar att det föreligger en praxis som går utöver de specifika fall som kommissionen har åberopat i sin talan.
- 111 Det följer av det anförda att av kommissionen påtalad upphandlingspraxis ska anses styrkt vad avser delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen.
- 112 Det ska följaktligen prövas huruvida direktiven 92/50 och 2004/18 och artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts på det sätt som kommissionen har gjort gällande.

Huruvida direktiv 92/50, direktiv 2004/18 samt artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts

- 113 För det fall tilldelningen av kontrakt om offentliga sjuktransporter kännetecknas av att värdet på transporttjänsterna är högre än värdet på hälsovårdstjänsterna, har kommissionen gjort gällande att en sådan upphandlingspraxis strider mot artikel 10 i

direktiv 92/50, jämförd med avdelningarna III–VI i samma direktiv, eller från och med den 1 februari 2006, mot artikel 22 i direktiv 2004/18, jämförd med artiklarna 23–55 i samma direktiv. Enligt dessa olika bestämmelser och avdelningar ankommer det bland annat på den upphandlande enheten att offentliggöra ett meddelande om upphandling på unionsnivå avseende det aktuella kontraktet och att säkerställa att resultatet av tilldelningen av kontraktet offentliggörs.

- <sup>114</sup> För det fall tilldelning av kontrakt om offentliga sjuktransporter kännetecknas av att värdet av hälsovårdstjänsterna är högre än värdet på transporttjänsterna, har kommissionen gjort gällande att en sådan upphandlingspraxis står i strid med artikel 10 i direktiv 92/50, jämförd med artikel 16 i samma direktiv, eller från och med den 1 februari 2006, med artikel 22 i direktiv 2004/18, jämförd med artikel 35.4 i samma direktiv. Enligt dessa bestämmelser ska den upphandlande myndigheten säkerställa att resultatet av tilldelningen av det aktuella kontraktet offentliggörs.
- <sup>115</sup> Kommissionen har även gjort gällande att artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts. Såsom följer av punkterna 45–47 och 52 i förevarande dom kan talan avseende denna anmärkning endast tas upp till prövning i sak i den mån den avser sådana upphandlingar som avses i föregående punkt.
- <sup>116</sup> Enligt fast rättspraxis åligger det kommissionen att i mål om fördragsbrott enligt artikel 226 EG bevisa det påstådda fördragsbrottet genom att förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera huruvida fördragsbrott föreligger. Kommissionen får därvidlag inte stödja sig på någon presumtion (se dom av den 29 oktober 2009 i mål C-246/08, kommissionen mot Finland, REG 2009, s.I-10605, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

- 117 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 113 i sitt förslag till avgörande är kommissionens skyldighet, att i detalj fastställa i vad det påstådda fördragsbrottet består, av avgörande betydelse för att svarandemedlemsstaten ska få en korrekt uppfattning om de åtgärder som den medlemsstaten behöver vidta, för det fall fördragsbrottet fastställs, för att de påtalade förhållandena ska bringas i överensstämmelse med unionsrätten.
- 118 Såsom påpekas i punkt 96 i generaladvokatens förslag till avgörande framgår det av handlingarna i målet att kommissionen, efter det att den i det motiverade yttrandet angav att den saknade tillräckliga uppgifter, frivilligt avstod från att i förevarande talan ta ställning till huruvida transporttjänsterna eller hälsovårdstjänsterna hade högst värde i de angivna upphandlingarna. Det framgår dock inte av handlingarna att detta val skulle beror på bristande samarbetsvilja från de tyska myndigheternas sida under det administrativa förfarandet.
- 119 Kommissionen har i ansökan i allmänna ordalag påstått att såväl vid kontrakt som avser kvalificerade sjuktransporter som kontrakt som avser ambulanstransporter i akuta fall, kan värdet på hälsovårdstjänsterna vara betydande. De omtvistade kontrakten omfattar i regel båda dessa tjänster, och förhållandet mellan värdet på respektive tjänst kan skilja sig från ett kontrakt till ett annat. Det är därför möjligt att föreställa sig både sådana kontrakt som kännetecknas av att värdet på transporttjänsterna är högre än värdet på hälsovårdstjänsterna som kontrakt där förhållandet är det omvända.
- 120 Kommissionen har valt ett angreppssätt som grundade sig på sådana antaganden, men har frivilligt avstått från att visa att de aktuella kontrakten, eller i vart fall vissa av dem, kännetecknas av att värdet på transporttjänsterna är högre än värdet på hälsovårdstjänsterna.

- 121 Tvärtom har kommissionen i fråga om direktiven 92/50 och 2004/18 inriktat sina anmärkningar på det faktum att artikel 16 i direktiv 92/50 eller artikel 35.4 i direktiv 2004/18 har åsidosatts vid tilldelningen av respektive kontrakt, eftersom resultatet av tilldelningen av nämnda kontrakt inte har offentliggjorts – oberoende av den rättsliga distinktionen i artikel 10 i direktiv 92/50 eller i artikel 22 i direktiv 2004/18. Förbundsrepubliken Tyskland har inte bestritt att resultatet av tilldelningen av de aktuella kontrakten inte har offentliggjorts.
- 122 Mot denna bakgrund kan det inte – när kommissionen inte har lämnat tillräckligt konkreta upplysningar – uteslutas att inget av dessa kontrakt kännetecknas av att värdet på transporttjänsterna är högre än värdet på hälsovårdstjänsterna. Fördragsbrottet ska därmed begränsas till ett fastställande av att artikel 10 i direktiv 92/50, jämförd med artikel 16 i samma direktiv, eller från och med den 1 februari 2006, artikel 22 i direktiv 2004/18, jämförd med artikel 35.4 i samma direktiv, har åsidosatts. Nämnda artiklar är i vart fall tillämpliga på kontrakt som, vilket är fallet i förevarande mål, både omfattar transporttjänster och hälsovårdstjänster, oberoende av värdet på respektive tjänst i förhållande till varandra i det aktuella kontraktet.
- 123 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 93 i sitt förslag till avgörande har kommissionen inte heller försökt styrka att de kontrakt som anges i talan, eller i vart fall vissa av dem, har kännetecknats av att värdet på hälsovårdstjänsterna har varit högre än det på transporttjänsterna. Under dessa förutsättningar och eftersom tillräckligt konkreta upplysningar saknas, kan det inte uteslutas att inget av dessa kontrakt har kännetecknats av en sådan dominans, varför det inte är möjligt för domstolen att fastställa att artiklarna 43 EG och 49 EG har åsidosatts. Denna slutsats gäller även frågan om de kontrakt som kommissionen har angett uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse.
- 124 Domstolen ska därefter pröva huruvida Förbundsrepubliken Tyskland och Konungariket Nederländerna har fog för sitt argument att åsidosättandet av unionsrätten är motiverat med hänsyn till artikel 86.2 EG.

— Huruvida ett åsidosättande är motiverat med hänsyn till artikel 86.2 EG

- 125 I punkterna 55 och 60 i domen i det ovannämnda målet *Ambulanz Glöckner* har domstolen kvalificerat ambulanstransporter i akuta fall som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 86.2 EG.
- 126 Det följer emellertid av fast rättspraxis att det ankommer på den medlemsstat som åberopar artikel 86.2 EG att visa att samtliga villkor för att tillämpa denna bestämmelse är uppfyllda (se, bland annat, dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, *kommissionen mot Frankrike*, REG 1997, s. I-5815, punkt 101).
- 127 Förbundsrepubliken Tyskland har framhållit att det i fråga om sjuktransporter är nödvändigt att säkerställa korssubventioner mellan geografiska områden som på grund av sin befolkningstäthet är lönsamma och geografiska områden som är mindre lönsamma. Denna medlemsstat har även betonat betydelsen av att tjänsterna kan tillhandahållas på nära håll och betydelsen av samarbete med andra organ involverade i räddningstjänst, vilket innebär tillgång till personer som bor i närheten av platsen för en insats och som utan svårighet kan inställa sig vid en nöd- eller katastrofsituation.
- 128 Såsom kommissionen har betonat skulle sådana hänsyn säkerligen kunna motivera att den upphandlande myndigheten vidtar särskilda åtgärder för att säkerställa att uppdragstagaren under godtagbara ekonomiska villkor kan tillhandahålla sjuktransporttjänster med kvalitet, som är effektiva och tillgängliga i hela det relevanta området. Detta skulle bland annat kunna ske genom ett ersättningssystem anpassat till särskilda förhållanden inom ett område där räddningstjänsten verkar, eller genom krav på tillräcklig tillgång till mänskliga och tekniska resurser på plats.

- 129 Sådana hänsyn kan däremot inte tjäna som förklaring till varför en skyldighet att offentliggöra resultatet av ett beslut om tilldelningen av det aktuella kontraktet skulle utgöra hinder mot att detta uppdrag med allmänt ekonomisk intresse fullgörs.
- 130 Det följer av det nämnda att argumentationen grundad på artikel 86.2 EG inte kan godtas.
- 131 Mot bakgrund av samtliga ovannämnda överväganden konstaterar domstolen att Förbundsrepubliken Tyskland, i samband med tilldelningen, enligt den så kallade anbudsmodellen, av kontrakt om offentliga ambulanstransporter i akuta fall och om kvalificerade sjuktransporter i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 10 i direktiv 92/50, jämförd med artikel 16 i det direktivet, eller, från och med den 1 februari 2006, enligt artikel 22 i direktiv 2004/18, jämförd med artikel 35.4 i det direktivet, genom att inte offentliggöra meddelanden om resultatet av tilldelningsförfarandet.
- 132 Talan ogillas i övrigt.

## **Rättegångskostnader**

- 133 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna kan domstolen, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sina kostnader. Eftersom

kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland i förevarande fall ömsom har tappat målet på vissa punkter ska de var och en bära sina rättegångskostnader.

- <sup>134</sup> Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna ska en medlemsstat som har intervenerat bära sina rättegångskostnader. Konungariket Nederländerna ska följaktligen bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

- 1) **Förbundsrepubliken Tyskland har, i samband med tilldelningen, enligt den så kallade anbudsmodellen, av kontrakt om offentliga ambulanstransporter i akuta fall och om kvalificerade sjuktransporter i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 10 i direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, jämförd med artikel 16 i det direktivet, eller, från och med den 1 februari 2006, enligt artikel 22 i direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, jämförd med artikel 35.4 i det direktivet, genom att inte offentliggöra meddelanden om resultatet av tilldelningsförfarandet.**
  
- 2) **Talan ogillas i övrigt.**

- 3) Europeiska kommissionen, Förbundsrepubliken Tyskland och Konungariket Nederländerna ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter