

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

29 april 2010 *

In zaak C-160/08,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 16 april 2008,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Kellerbauer en D. Kukovec als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Möller als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweester,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door:

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door C.M. Wissels en Y. de Vries als gemachtigden,

interveniënt,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts (rapporteur), kamerpresident, E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský en T. von Danwitz, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 februari 2010,

het navolgende

Arrest

- 1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door opdrachten inzake openbare spoedeisende vervoersdiensten en gekwalificeerde ziekenvervoersdiensten (hierna: „openbare ziekenvervoersdiensten”) niet op transparante wijze te hebben geplaatst en niet openbaar te hebben uitgeschreven en door geen mededelingen betreffende gegunde opdrachten te hebben bekendgemaakt, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) en richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), en inbreuk heeft gemaakt op de in de artikelen 43 EG en 49 EG neergelegde beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrije verrichten van diensten.

Toepasselijke bepalingen

Richtlijn 92/50

- 2 Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 wordt onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening” verstaan schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds.

3 Artikel 3, lid 2, van die richtlijn luidt:

„De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.”

4 Volgens artikel 7, lid 1, is de richtlijn van toepassing op opdrachten voor dienstverlening wanneer de geschatte waarde ten minste 200 000 EUR, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, bedraagt.

5 Artikel 10 van die richtlijn luidt:

„De opdrachten die tegelijk betrekking hebben op in bijlage I A en in bijlage I B vermelde diensten, worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst indien de waarde van de in bijlage I A vermelde diensten hoger is dan die van de diensten welke in bijlage I B zijn vermeld en, zo niet, overeenkomstig de artikelen 14 en 16.”

6 De in artikel 10 van richtlijn 92/50 bedoelde titels, die onverkort van toepassing zijn op de in dat artikel bedoelde eerste soort gevallen, betreffen respectievelijk de keuze van de procedure voor het plaatsen van de opdracht en de regels inzake prijsvragen voor ontwerpen (titel III; artikelen 11-13), de gemeenschappelijke regels op technisch gebied (titel IV; artikel 14), de gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking (titel V; artikelen 15-22) en de gemeenschappelijke regels inzake de deelneming, de criteria voor de kwalitatieve selectie en de gunningscriteria (titel VI; artikelen 23-37).

7 Artikel 14 van die richtlijn bepaalt welke technische specificaties moeten worden opgenomen in de aanbestedingsstukken.

8 Artikel 16 van die richtlijn bepaalt:

„1. De aanbestedende diensten die een overheidsopdracht hebben gegund of een prijsvraag voor ontwerpen hebben uitgeschreven, zenden een aankondiging betreffende de uitslag van de aanbestedingsprocedures aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen.

2. De aankondigingen worden bekendgemaakt:

- voor overheidsopdrachten voor in bijlage I A opgenomen diensten, overeenkomstig de artikelen 17 tot en met 20;
- voor prijsvragen voor ontwerpen, overeenkomstig artikel 17.

3. Met betrekking tot overheidsopdrachten voor in bijlage I B opgenomen diensten vermeldt de aanbestedende dienst in de aankondiging of hij met de bekendmaking daarvan instemt.

[...]"

- 9 Tot de in bijlage I A van richtlijn 92/50 genoemde diensten behoren categorie 2 „[d]iensten voor vervoer over land [...], met inbegrip van diensten voor vervoer per pantserwagen en koeriersdiensten, postvervoer uitgezonderd” en categorie 3 „[d]iensten voor luchtvervoer van passagiers en vracht, met uitzondering van postvervoer”. Tot de in bijlage I B van richtlijn 92/50 genoemde diensten behoort categorie 25 „[g]ezondheids- en sociale diensten”.

Richtlijn 2004/18

- 10 Artikel 1, lid 2, sub a en d, van richtlijn 2004/18 bevat de volgende definities:

„a) ‚Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

[...]

d) ‚Overheidsopdrachten voor diensten’ zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.

[...]”

11 Artikel 2 van die richtlijn luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

- 12 Volgens artikel 7, sub b, is de richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde gelijk is aan of groter is dan 249 000 EUR. Dat bedrag is bij verordening (EG) nr. 1874/2004 van de Commissie van 28 oktober 2004 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot hun toepassingsdrempels inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 326, blz. 17) en verordening (EG) nr. 2083/2005 van de Commissie van 19 december 2005 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot hun toepassingsdrempels inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 333, blz. 28) achtereenvolgens verlaagd tot 236 000 EUR en tot 211 000 EUR.

- 13 Titel II („Op overheidsopdrachten toepasselijke voorschriften”) van richtlijn 2004/18 bevat een artikel 22, dat luidt:

„De opdrachten die zowel op in bijlage II A als op in bijlage II B vermelde diensten betrekking hebben, worden overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 geplaatst indien de waarde van de in bijlage II A vermelde diensten hoger is dan die van de in bijlage II B vermelde diensten en, zo niet, overeenkomstig artikel 23 en artikel 35, lid 4.”

- 14 De artikelen 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18, die onverkort van toepassing zijn op voor de in artikel 22 van die richtlijn bedoelde eerste soort gevallen, betreffen achtereenvolgens de bijzondere voorschriften betreffende het bestek en de

aanbestedingsstukken (artikelen 23-27), de procedurevoorschriften (artikelen 28-34), de regels voor bekendmaking en transparantie (artikelen 35-43) en de regels voor het verloop van de procedure (artikelen 44-55).

- 15 Artikel 23 van richtlijn 2004/18 bevat de technische specificaties die deel moeten uitmaken van de aanbestedingsstukken.
- 16 Artikel 35, lid 4, van die richtlijn bepaalt:

„Aanbestedende diensten die een overheidsopdracht hebben geplaatst of een raamovereenkomst hebben gesloten, zenden uiterlijk 48 dagen na de gunning van de opdracht of de sluiting van de raamovereenkomst een aankondiging betreffende de resultaten van de procedure toe.

[...]

Met betrekking tot overheidsopdrachten voor de in bijlage II B opgenomen diensten vermelden de aanbestedende diensten in de aankondiging of zij met de bekendmaking ervan instemmen. [...]

[...]”

- 17 De diensten in categorie 2 en categorie 3 van bijlage II A en in categorie 25 van bijlage II B bij richtlijn 2004/18 stemmen overeen met de diensten in de overeenkomstige categorieën van bijlage I A en bijlage I B bij richtlijn 92/50.

Aan het beroep ten grondslag liggende feiten

- ¹⁸ De Commissie heeft, met name van in andere lidstaten dan de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde ondernemingen, verschillende klachten ontvangen over het plaatsen van opdrachten voor openbare ziekenvervoersdiensten in die lidstaat.

Algemene context

- ¹⁹ In Duitsland behoort de organisatie van de ambulancediensten tot de bevoegdheid van de deelstaten.
- ²⁰ In de meeste deelstaten worden ambulancediensten verricht volgens het zogenoemde „duale” stelsel („duales System”), ook bekend als „scheidingsmodel” („Trennungsmodell”). Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de openbare ambulancediensten, die ongeveer 70 % van alle ambulancediensten vertegenwoordigen, en ambulancediensten op basis van vergunningen die overeenkomstig de ter zake geldende deelstaatwetgeving zijn verleend, welke overeenkomen met ongeveer 30 % van al die diensten.
- ²¹ De openbare ambulancedienst omvat normaliter het vervoer van spoedgevallen en het gekwalificeerde ziekenvervoer. Het vervoer van spoedgevallen is het onder deskundige begeleiding per noodartswagen of speciaal geëquiperde ambulance vervoeren van personen die als gevolg van verwondingen of ziekte in levensgevaar verkeren.

Het gekwalificeerde ziekenvervoer is het onder deskundige begeleiding vervoeren van zieke, gewonde of hulpbehoevende personen die geen spoedgevallen zijn met een voor ziekenvervoer geschikt voertuig. Die twee soorten vervoer staan doorgaans permanent ter beschikking van de bevolking op het gehele betrokken grondgebied en houden in de regel in dat voor een permanent bemande ambulancepost wordt gezorgd.

- 22 Bij het vervoer van spoedgevallen en in mindere mate ook bij het gekwalificeerd ziekenvervoer is medische verzorging beschikbaar. Bij het vervoer van spoedgevallen is echter zelden, en bij het gekwalificeerd ziekenvervoer nooit een arts aanwezig. Bij het vervoer van spoedgevallen wordt de medische hulp vooral door ambulanciers verstrekt. Voor de diensten van spoedartsen gelden in de regel afzonderlijke overeenkomsten met ziekenhuizen.
- 23 De territoriale lichamen sluiten, als voor de organisatie van de openbare ambulancedienst bevoegde autoriteiten, overeenkomsten met dienstverleners voor het verrichten van openbare ambulancediensten ten behoeve van de gehele bevolking binnen hun gebied. Die diensten worden ofwel rechtstreeks door de aanbestedende dienst vergoed volgens het zogenoemde „Submissionsmodell” — het enige waarop dit beroep betrekking heeft — ofwel door de dienstverlener aan de patiënten of ziekenfondsen in rekening gebracht volgens het zogenoemde „Konzessionsmodell”.
- 24 Volgens de auteurs van de bij de Commissie ingediende klachten worden opdrachten voor het verlenen van openbare ziekenvervoersdiensten in Duitsland gewoonlijk niet op het niveau van de Europese Unie bekendgemaakt, en is de gunning daarvan niet transparant. Sommige klagers hebben verklaard dat de gevallen die tot hun klacht hebben geleid, een algemene praktijk in die lidstaat weergeven.

- 25 Uit het onderzoek van de Commissie blijkt dat tussen 2001 en 2006 met betrekking tot diensten voor het vervoer van spoedgevallen of het gekwalificeerde ziekenvervoer slechts dertien aankondigingen van opdracht, van elf verschillende territoriale lichamen, zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* of het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Tijdens diezelfde periode lag ook het aantal mededelingen betreffende de gunning van een opdracht zeer laag, aangezien slechts twee dergelijke mededelingen zijn bekendgemaakt.

Aan het beroep ten grondslag liggende gevallen

- 26 De aan de Commissie gemelde gevallen die volgens haar voorbeelden zijn van de praktijk waartegen met dit beroep wordt opgekomen, betreffen de deelstaten Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen en Sachsen.

Sachsen-Anhalt

- 27 Volgens de informatie van de Commissie hanteert de stad Magdeburg sinds oktober 2005 een vergunningsprocedure („Genehmigungsverfahren”) voor het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten onder bezwaerende titel. Het gaat daarbij om het beschikbaar stellen van personeel en voertuigen voor het vervoer van spoedgevallen of het gekwalificeerde ziekenvervoer voor de periode 2007 tot en met 2011. De waarde van de opdracht bedraagt in totaal 7,84 miljoen EUR per jaar. Op het niveau van de Unie is geen aankondiging van opdracht bekendgemaakt.

Nordrhein-Westfalen

- 28 Volgens de informatie van de Commissie heeft de stad Bonn in 2004 een opdracht voor openbare ziekenvervoersdiensten voor de periode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 gegund. De opdracht had met name betrekking op de exploitatie van vier ambulanceposten. De totale waarde van die opdracht bedroeg ten minste 5,28 miljoen EUR. Voor die opdracht is een aankondiging van opdracht bekendgemaakt op nationaal niveau, maar niet op het niveau van de Unie. Minstens één inschrijver is uitgesloten nadat hij belangstelling had getoond, en de aanbestedingsprocedure is uiteindelijk bij gebrek aan economische interesse opgeschort. De betrokken opdracht is tenslotte gegund aan degene die de dienst reeds eerder verrichtte.
- 29 Eveneens volgens de informatie van de Commissie heeft een onderneming in 1998 aan de stad Witten haar belangstelling kenbaar gemaakt om de exploitatie van de ambulancepost van Witten-Herbede over te nemen. De exploitatie van die ambulancepost, die een opdracht met een jaarlijkse waarde van 945 753 EUR vertegenwoordigt, is evenwel gegund aan het Deutsche Rote Kreuz (Duitse Rode Kruis; hierna: „DRK”). Op het niveau van de Unie is geen aankondiging van opdracht bekendgemaakt.

Niedersachsen

- 30 Volgens de informatie van de Commissie heeft de regio Hannover in 2004 voor het eerst voorzien in een procedure voor het plaatsen van een opdracht voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten op haar grondgebied. Enkel de organisaties die toen reeds dergelijke diensten verrichtten, namelijk de Arbeiter-Samariter-Bund (hierna: „ASB”), het DRK, de Johanniter-Unfall-Hilfe (hierna: „JUH”) en RKT GmbH, mochten inschrijven. Met de opdracht, die betrekking had op de periode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2009, was een bedrag van ongeveer 65 miljoen EUR gemoeid.

- 31 Uit de informatie van de Commissie blijkt verder dat het kanton Hameln-Pyrmont in 1993 de Kreisverband (kantonnale afdeling) van het DRK heeft opgedragen op zijn grondgebied openbare ziekenvervoersdiensten te verrichten. De overeenkomst met een looptijd van oorspronkelijk tien jaar is niet opgezegd. In 2003 is de overeenkomst met tien jaar verlengd, zonder dat een aankondiging van opdracht was bekendgemaakt. Ook is in 1999 in de gemeente Emmerthal een nieuwe ambulancepost gebouwd, waarvan de exploitatie eveneens aan het DRK is toegekend zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht. De totale waarde van deze opdrachten bedraagt 7,2 miljoen EUR per jaar.
- 32 De Commissie beschikt tevens over informatie waaruit blijkt dat de Kreisverband van het DRK sinds 1992 openbare ziekenvervoersdiensten verricht in het kanton Uelzen. De tussen dat kanton en de Kreisverband van het DRK gesloten overeenkomst is in 2002 uitgebreid tot de exploitatie van de ambulancepost van Bad Bevensen, zonder dat een aankondiging van opdracht was bekendgemaakt. Met de overeenkomst is een bedrag van in totaal 4,45 miljoen EUR per jaar gemoeid.

Sachsen

- 33 Volgens de informatie van de Commissie zijn de overeenkomsten tussen de Rettungszweckverband Westsachsen en de ASB, het DRK, de JUH en de Berufsfeuerwehr (beroepsbrandweer) Zwickau, met een looptijd van oorspronkelijk vier jaar, van toepassing op de kantons Chemnitzer Land, Aue-Schwarzenberg en Zwickauer Land en op de stad Zwickau. In 2003 zijn die overeenkomsten, met een totale waarde van 7,9 miljoen EUR per jaar, met vier jaar verlengd, zonder dat een aankondiging van opdracht was bekendgemaakt. Na het einde van de looptijd zijn zij tot 31 december 2008 verlengd.
- 34 De overeenkomsten tussen de Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg en de ASB, het DRK, de JUH en de Berufsfeuerwehr Chemnitz, met een looptijd van

oorspronkelijk vier jaar, zijn van toepassing op het kanton Stollberg en de stad Chemnitz. Op 1 september 2002 zijn die overeenkomsten, met een jaarlijkse waarde van in totaal 3,3 miljoen EUR, met nog eens vier jaar verlengd, zonder dat een aankondiging van opdracht was bekendgemaakt. Na het einde van de looptijd zijn zij tot 31 december 2008 verlengd.

- ³⁵ De overeenkomsten tussen de Rettungszweckverband Vogtland en de ASB, het DRK, de JUH, de particuliere Rettungsdienstgesellschaft (hulpverleningsorganisatie) Plauen en de Berufsfeuerwehr Plauen, met een looptijd van vier jaar, zijn van toepassing op het kanton Vogtland en de stad Plauen. Die overeenkomsten, met een jaarlijkse waarde van in totaal 3,9 miljoen EUR, zijn gesloten zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht en in werking getreden op 1 januari 2002 of 1 januari 2004. Na het einde van de looptijd zijn zij tot 31 december 2008 verlengd.

Precontentieuze procedure

- ³⁶ Bij aanmaningsbrief van 10 april 2006 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland ervan in kennis gesteld dat deze mogelijkerwijs:

- bij het plaatsen van opdrachten onder bezwarende titel voor het verrichten van ambulancediensten waarbij de vervoersdiensten in de zin van categorie 2 of categorie 3 van bijlage I A bij richtlijn 92/50 dan wel bijlage II A bij richtlijn 2004/18 het zwaarst wegen, tot 31 januari 2006 inbreuk heeft gemaakt op artikel 10 van richtlijn 92/50 junctis de titels III tot en met VI van die richtlijn en, vanaf 1 februari 2006, op artikel 22 van richtlijn 2004/18 junctis de artikelen 23 tot en met 55 van die richtlijn, en

- bij het plaatsen van opdrachten onder bezwarende titel voor het verrichten van ambulancediensten waarbij de medische diensten in de zin van categorie 25 van bijlage I B bij richtlijn 92/50 dan wel bijlage II B bij richtlijn 2004/18 het zwaarst wegen, tot 31 januari 2006 inbreuk heeft gemaakt op artikel 10 van richtlijn 92/50 juncto artikel 16 van die richtlijn en, vanaf 1 februari 2006, op artikel 22 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 35, lid 4, van die richtlijn, en in elk geval de in de artikelen 43 EG en 49 EG neergelegde beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrije verrichten van diensten heeft geschonden, met name het in die beginselen besloten discriminatieverbod.

³⁷ Bij brief van 10 juli 2006 heeft de Bondsrepubliek Duitsland op die aanmaningsbrief met name geantwoord dat openbare ambulancediensten worden georganiseerd volgens de regels van het publiekrecht en dat de uitvoering daarvan tot de soevereiniteit van de staat behoort. Overeenkomsten tot verrichting van ziekenvervoersdiensten kunnen bijgevolg niet als „overheidsopdrachten voor dienstverlening” worden aangemerkt.

³⁸ Aangezien de Commissie geen genoeg kon nemen met dat antwoord, heeft zij de Bondsrepubliek Duitsland op 15 december 2006 een met redenen omkleed advies gezonden, waarin zij de in de aanmaningsbrief geuite grieven ongewijzigd heeft gehandhaafd en die lidstaat heeft verzocht de noodzakelijke maatregelen te treffen om binnen twee maanden na ontvangst van het advies een einde te maken aan die schending.

³⁹ Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland in haar antwoord van 22 februari 2007 op het met redenen omkleed advies haar standpunt heeft gehandhaafd, heeft de Commissie dit beroep ingesteld.

Beroep

Ontvankelijkheid

- ⁴⁰ Aangezien de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep en van de in het kader daarvan aangevoerde grieven van openbare orde zijn, kan het Hof ze overeenkomstig artikel 92, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering ambtshalve onderzoeken. Voorts mag het ambtshalve nagaan of de door de rechtsorde van de Unie geboden procedurele waarborgen zijn geëerbiedigd (zie in die zin arrest van 7 mei 1991, Interhotel/Commissie, C-291/89, Jurispr. blz. I-2257, punten 14 en 15).
- ⁴¹ Bij een beroep wegens niet-nakoming heeft de precontentieuze procedure tot doel de betrokken lidstaat in de gelegenheid te stellen, de krachtens het recht van de Unie op hem rustende verplichtingen na te komen en nuttig verweer te voeren tegen de door de Commissie geformuleerde bezwaren (arrest van 24 juni 2004, Commissie/Nederland, C-350/02, Jurispr. blz. I-6213, punt 18).
- ⁴² Het regelmatige verloop van deze procedure vormt een door het EG-Verdrag gewilde wezenlijke waarborg, niet enkel ter bescherming van de rechten van de betrokken lidstaat, maar ook om te verzekeren dat in de eventuele procedure in rechte het voorwerp van het geding duidelijk is omschreven (zie in die zin arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 19).
- ⁴³ Daaruit volgt dat het voorwerp van een beroep krachtens artikel 226 EG wordt afgebakend door de in dit artikel bedoelde precontentieuze procedure en tijdens de gerechtelijke procedure niet meer kan worden verruimd. Het met redenen omkleed advies van de Commissie en het verzoekschrift moeten op dezelfde overwegingen en middelen berusten, zodat het Hof geen rekening kan houden met een grief die niet is

aangevoerd in het met redenen omkleed advies, dat een coherente en gedetailleerde uiteenzetting moet bevatten van de redenen die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht, dat de betrokken lidstaat een van de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen (zie arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 20, en arrest van 27 april 2006, Commissie/Duitsland, C-441/02, Jurispr. blz. I-3449, punten 59 en 60).

- ⁴⁴ De Commissie moet dus reeds in de precontentieuze procedure aangeven welke bepaling of bepalingen specifiek ten grondslag liggen aan de plicht waarvan niet-nakoming door de lidstaat wordt gesteld (zie arrest van 22 maart 2007, Commissie/België, C-437/04, Jurispr. blz. I-2513, punt 39).
- ⁴⁵ In casu moet worden opgemerkt dat de Commissie zowel in de aanmaningsbrief als in het met redenen omkleed advies de grief betreffende schending van de artikelen 43 EG en 49 EG heeft beperkt tot het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten waarbij de waarde van de medische diensten in de zin van bijlage I B van richtlijn 92/50 dan wel bijlage II B van richtlijn 2004/18 hoger is dan die van de vervoersdiensten in de zin van bijlage I A van richtlijn 92/50 dan wel bijlage II A van richtlijn 2004/18.
- ⁴⁶ Aangaande het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van dergelijke diensten met een omgekeerde waardeverhouding hadden de grieven van de Commissie in de precontentieuze procedure betrekking op de schending van de richtlijnen 92/50 en 2004/18. In de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies is met betrekking tot het plaatsen van deze opdrachten daarentegen geen melding gemaakt van een grief betreffende schending van de artikelen 43 EG en 49 EG.
- ⁴⁷ In haar verzoekschrift voert de Commissie de grief betreffende schending van de artikelen 43 EG en 49 EG nu echter ook aan met betrekking tot het plaatsen van de in het vorige punt bedoelde opdrachten, hetgeen neerkomt op een onrechtmatige verruiming van het in de precontentieuze procedure omschreven voorwerp van de

gestelde niet-nakoming. Derhalve moet de aan schending van die artikelen ontleende grief niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover het gaat om het plaatsen van deze opdrachten.

- 48 Voor zover dit beroep voorts op basis van sommige passages in het verzoekschrift aldus moet worden opgevat, dat het een grief betreffende schending van artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 dan wel artikel 2 van richtlijn 2004/18 bij de verschillende betrokken aanbestedingen bevat, moet worden opgemerkt dat de Commissie in de precontentieuze procedure niet heeft gesteld dat die twee bepalingen waren geschonden. Ook de aan schending van deze bepalingen ontleende grief is dus niet-ontvankelijk.
- 49 Ten slotte blijkt uit artikel 38, lid 1, juncto artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering dat het voorwerp van het geding in het verzoekschrift moet worden bepaald en dat een voor het eerst in repliek geformuleerde vordering het oorspronkelijke voorwerp van het beroep wijzigt en dus als een nieuwe en, bijgevolg, niet-ontvankelijke vordering is te beschouwen.
- 50 In casu moet worden vastgesteld dat de Commissie in haar verzoekschrift uitdrukkelijk heeft gepreciseerd dat dit beroep, hoewel de gelaakte aanbestedingspraktijk ook in andere deelstaten bestaat, alleen betrekking heeft op het plaatsen van opdrachten in Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen en Sachsen.
- 51 In die omstandigheden komt de door de Commissie in repliek geformuleerde vordering dat het Hof vaststelt dat de betrokken praktijk bestaat op het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland, neer op een onrechtmatige verruiming van het oorspronkelijke voorwerp van het verzoekschrift. Derhalve moeten de grieven van de Commissie niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover zij andere dan de in het vorige punt genoemde deelstaten betreffen.

52 Bijgevolg moet het beroep niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover het strekt tot vaststelling door het Hof van:

- schending van de artikelen 43 EG en 49 EG met betrekking tot het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten waarbij de waarde van de vervoersdiensten in de zin van bijlage I A van richtlijn 92/50 dan wel bijlage II A van richtlijn 2004/18 hoger is dan die van de medische diensten in de zin van bijlage I B van richtlijn 92/50 dan wel bijlage II B van richtlijn 2004/18;
- schending van artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 dan wel artikel 2 van richtlijn 2004/18, en
- het bestaan van een met het recht van de Unie strijdige aanbestedingspraktijk inzake openbare ambulancediensten in andere deelstaten dan Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen en Sachsen.

Ten gronde

Argumenten van partijen

53 De Commissie stelt in de eerste plaats schending van de artikelen 10 en 16 van richtlijn 92/50 en van de artikelen 22 en 35, lid 4, van richtlijn 2004/18. Ongeacht de respectieve waarde van de vervoersdiensten en de medische diensten in de in haar beroep genoemde opdrachten, zijn de resultaten van de gunning van die opdrachten op generlei wijze bekendgemaakt.

- 54 Voorts is er sprake van schending van het in de artikelen 43 EG en 49 EG besloten discriminatieverbod, waaraan aanbestedende diensten bovenop hun verplichtingen ingevolge de richtlijnen 92/50 en 2004/18 zijn onderworpen. Gelet op de herkomst van de bij de Commissie ingediende klachten en de grote economische waarde van de betrokken diensten, is in casu voldaan aan het vereiste inzake een duidelijk grensoverschrijdend belang, dat is gesteld in het arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punten 29 en 30).
- 55 Volgens de Commissie blijkt uit de aan haar gemelde gevallen dat er een algemene praktijk bestaat waarbij opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten worden gegund zonder inachtneming van de bepalingen van het recht van de Unie die ertoe strekken bij die opdrachten transparantie en mededinging te verzekeren. Het bestaan van die praktijk wordt gestaafd door het zeer kleine aantal aanbestedingen dat de territoriale lichamen op Europees niveau hebben uitgeschreven, te weten dertien aankondigingen van opdracht in zes jaar, bekendgemaakt door elf van de meer dan 400 Duitse kantons of niet tot een kanton behorende steden.
- 56 In de tweede plaats kan de inbreuk die de Duitse territoriale lichamen maken op de regelgeving van de Unie betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening, niet worden gerechtvaardigd door overwegingen die verband houden met de uitoefening van de soevereiniteit van de staat.
- 57 De artikelen 45 EG en 55 EG zijn niet van toepassing op de in deze zaak aan de orde zijnde diensten, aangezien deze op zich geen rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen. Die diensten houden met name niet in dat de verleners daarvan beschikken over een bijzondere bevoegdheid om dwangmaatregelen te treffen of in te grijpen.
- 58 Noch het gebruik van zwaailichten en sirenes, noch de verlening van vrije doorgang in de zin van de Duitse wegenverkeerswet aan de verleners van die diensten, noch het feit dat zonder de toestemming van de gewonde of door een ambulancier zonder

volledige medische opleiding noodmaatregelen kunnen worden genomen, wijzen op het bestaan van dergelijke bevoegdheden.

- 59 Zo er bij openbare ambulancediensten voor de daarvoor verantwoordelijke overheidsinstanties al sprake zou zijn van een rechtstreekse en specifieke uitoefening van het openbaar gezag, zoals de Bondsrepubliek Duitsland stelt, betekent de functionele integratie van met het ziekenvervoer belaste hulporganen in de planning, de organisatie en het beheer van die diensten nog niet dat deze over soevereine rechten of dwangbevoegdheden beschikken.
- 60 In de derde plaats kan in casu geen beroep worden gedaan op artikel 86, lid 2, EG. Het arrest van 25 oktober 2001, *Ambulanz Glöckner* (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089), is irrelevant voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de gelaakte praktijk met het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten. Voor de toepasselijkheid van die bepaling ware vereist dat werd aangetoond dat de toepassing van de internemarktregels in de weg staat aan een kwaliteitsvolle, efficiënte en rendabele ambulancedienst, hetgeen de Bondsrepubliek Duitsland zelfs nooit heeft aangevoerd.
- 61 De Bondsrepubliek Duitsland betwist in de eerste plaats bepaalde door de Commissie gestelde feiten.
- 62 Wat ten eerste de aanbestedingsprocedure van de stad Bonn betreft, werd de uitgesloten inschrijver uitgesloten omdat de vergunning die hij volgens het *Rettungsdienstgesetz* van Nordrhein-Westfalen nodig heeft om particuliere ambulancediensten te verrichten, wegens een gebrek aan professionele betrouwbaarheid niet werd verlengd, hetgeen de autoriteiten van die stad bij het plaatsen van een overheidsopdracht in aanmerking moesten nemen.

- ⁶³ Wat ten tweede de ambulancepost van Bad Bevensen betreft, strekte de in april 2004 gesloten overeenkomst er enkel toe dat de Kreisverband van het DRK de activiteiten, het personeel en het materieel van de agglomeratie Bevensen en de overeenkomst van juli 1984 tussen die agglomeratie en het kanton Uelzen overnam. De overeenkomst van april 2004 sluit aan op een oorspronkelijke, in juli 1984 gesloten overeenkomst waarop richtlijn 92/50 niet van toepassing was. Deze eerste overeenkomst werd wat het voorwerp, de geografische omvang van de opdracht, de aangeboden dienstverlening of de financieringswijze betreft, daardoor niet wezenlijk gewijzigd.
- ⁶⁴ Wat ten derde de deelstaat Sachsen betreft, is de gestelde niet-nakoming beëindigd doordat de looptijd van de tussen 2002 en 2004 verlengde overeenkomsten is verstreken en doordat in januari 2005 de nieuwe regeling van die deelstaat, die voortaan voorziet in een transparante aanbestedingsprocedure voor openbare ziekenvervoersdiensten, in werking is getreden.
- ⁶⁵ In de tweede plaats betoogt de Bondsrepubliek Duitsland, daarin gesteund door het Koninkrijk der Nederlanden, dat openbare ziekenvervoersdiensten deel uitmaken van het overheidsbeleid inzake risicopreventie en bescherming van de gezondheid en onder de uitzondering van de artikelen 45 EG en 55 EG vallen, zodat zij buiten de werkingssfeer van het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten vallen.
- ⁶⁶ De omschrijving van de betrokken activiteit in het nationale recht is bepalend om te beoordelen in hoeverre deze verband houdt met de uitoefening van het openbaar gezag. In casu valt de organisatie van openbare ziekenvervoersdiensten, met inbegrip van de met de verleners van die diensten gesloten overeenkomsten, onder de regels van het publiekrecht. Daarnaast en bovenal vormen de aan die dienstverleners opgedragen werkzaamheden een deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag, zoals blijkt uit de vrije doorgang en de daaraan verbonden attributen, namelijk het gebruik van zwaailicht en sirene, waarover ambulancechauffeurs beschikken.

- 67 Voorts gaan de werkzaamheden met betrekking tot openbare ziekenvervoersdiensten in de regel gepaard met bijzondere bevoegdheden, zoals de planning, de organisatie en het beheer van de diensten, het opleggen van informatie- en meldingsplichten aan derden, de mogelijkheid om besluiten te nemen over de inzet van andere gespecialiseerde diensten, en de betrokkenheid bij de aanstelling van personeelsleden van die diensten als bestuursambtenaren. Die activiteiten berusten op een nauwe coördinatie tussen de verschillende menselijke en technische schakels in de „hulpketen”, waarvoor alleen een overheidsinstantie permanent en op het gehele betrokken grondgebied kan zorgen.
- 68 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden is ook het feit dat de openbare ambulancediensten als zodanig een typische overheidstaak voor het daarmee belaste overheidsorgaan zijn, een aanwijzing dat de werkzaamheden van de verleners van die diensten functioneel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag. Hetzelfde geldt voor de samenwerking van die dienstverleners met andere, eveneens bij de planning, de organisatie en het beheer van die diensten betrokken actoren, zoals politie, civiele bescherming en brandweer, die zich bezighouden met preventie en bescherming en maatregelen kunnen nemen inzake evacuatie, beveiliging, versperring en hulp bij de uitvoering van maatregelen tot plaatsing, bijvoorbeeld van personen met een mentale aandoening, welke activiteiten en maatregelen typerend zijn voor de overheidstaak.
- 69 In de derde plaats stelt de Bondsrepubliek Duitsland, daarin nogmaals gesteund door het Koninkrijk der Nederlanden, subsidiair dat het ziekenvervoer valt onder het begrip „dienst van algemeen economisch belang” in de zin van artikel 86, lid 2, EG, op grond waarvan niet alleen kan worden afgeweken van de mededingingsregels (zie reeds aangehaald arrest *Ambulanz Glöckner*), maar ook van de fundamentele vrijheden en de voorschriften betreffende overheidsopdrachten.
- 70 Een afwijking van die vrijheden en voorschriften is noodzakelijk om kruissubsidiëring mogelijk te maken tussen de dichtbevolkte gebieden, waar het verrichten van

ziekenvervoer rendabel is, en de in dat opzicht veel minder rendabele, dunbevolkte gebieden.

- 71 Ook het verband tussen de ambulancediensten en de civiele bescherming pleit voor een afwijking van de rechtsregels van de Unie inzake overheidsopdrachten. Aangezien de staat verantwoordelijk is voor civiele bescherming bij rampen, is immers vereist dat bescherming wordt geboden aan de nationale hulpverleningsorganisaties, die in dergelijke gevallen moeten klaarstaan om te helpen en er daadwerkelijk voor moeten zorgen dat een groot aantal in de omgeving wonende vrijwilligers ter beschikking staat.

Beoordeling door het Hof

- 72 Gelet op de gevolgen van de toepassing van de artikelen 45, eerste alinea, EG en 55 EG moet om te beginnen worden nagegaan of die bepalingen toepassing vinden in deze zaak (zie in die zin arrest van 13 december 2007, Commissie/Italië, C-465/05, Jurispr. blz. I-11091, punt 31).

– Uitzondering van artikel 45, eerste alinea, EG, juncto artikel 55 EG

- 73 Volgens artikel 45, eerste alinea, EG, juncto artikel 55 EG zijn de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging en het vrije verrichten van diensten niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een lidstaat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden.

- ⁷⁴ Zoals de advocaat-generaal in punt 51 van haar conclusie heeft opgemerkt, vallen dergelijke werkzaamheden ook buiten de werkingssfeer van de richtlijnen tot uitvoering van de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging en het vrije verrichten van diensten, zoals de richtlijnen 92/50 en 2004/18.
- ⁷⁵ Nagegaan moet dus worden of het in casu aan de orde zijnde ziekenvervoer onder de in artikel 45, eerste alinea, EG bedoelde werkzaamheden valt.
- ⁷⁶ Er zij aan herinnerd dat de artikelen 45 EG en 55 EG, als afwijking van de fundamentele regels betreffende de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet verder gaan dan wat strikt noodzakelijk is tot vrijwaring van de belangen die de lidstaten op grond daarvan mogen beschermen (zie met name arresten van 15 maart 1988, Commissie/Griekenland, 147/86, Jurispr. blz. 1637, punt 7; 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punt 45, en 22 oktober 2009, Commissie/Portugal, C-438/08, Jurispr. blz. I-10219, punt 34).
- ⁷⁷ Uit vaste rechtspraak blijkt tevens dat bij de beoordeling van de eventuele toepassing van de uitzonderingen van de artikelen 45 EG en 55 EG er rekening mee moet worden gehouden dat de bij deze artikelen aan die uitzonderingen gestelde grenzen onder het recht van de Unie vallen (zie met name arrest van 21 juni 1974, Reyners, 2/74, Jurispr. blz. 631, punt 50, en arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 35).
- ⁷⁸ Volgens vaste rechtspraak moet de bij deze artikelen voorziene afwijking beperkt blijven tot werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen (zie arrest Reyners, reeds aangehaald, punt 45; arrest van 13 juli 1993, Thijssen, C-42/92, Jurispr. blz. I-4047, punt 8, en arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 36).

- 79 Zoals de advocaat-generaal in punt 58 van haar conclusie heeft opgemerkt, kan van een dergelijke uitoefening slechts worden gesproken indien de bijzondere rechten, overheidsrechten en dwangbevoegdheden op voldoende gekwalificeerde wijze worden uitgeoefend.
- 80 In casu moet om te beginnen worden benadrukt dat het bijdragen aan de bescherming van de volksgezondheid, hetgeen een taak is die eenieder te beurt kan vallen, met name door een persoon wiens gezondheid of leven in gevaar is bij te staan, niet volstaat om te spreken van deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag (zie in die zin arrest van 29 oktober 1998, Commissie/Spanje, C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punt 37, en arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 38).
- 81 Uit het recht van de verleners van ziekenvervoersdiensten om gebruik te maken van instrumenten zoals zwaailicht en sirene en uit de hun door de Duitse wegenverkeerswet verleende vrije doorgang, blijkt inderdaad dat de nationale wetgever meer belang hecht aan de volksgezondheid dan aan de algemene verkeersvoorschriften.
- 82 Dergelijke rechten kunnen op zich evenwel niet worden aangemerkt als een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag, tenzij de betrokken dienstverleners beschikken over van het gemene recht afwijkende bevoegdheden of dwangbevoegdheden om ervoor te zorgen dat deze rechten worden nageleefd, hetgeen, zoals tussen partijen vaststaat, onder de bevoegdheid van de politie- en gerechtelijke autoriteiten valt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Commissie/Italië, punt 39, en Commissie/Portugal, punt 44).
- 83 Aspecten als die welke de Bondsrepubliek Duitsland vermeldt met betrekking tot specifieke organisatorische bevoegdheden inzake de verleende diensten, de bevoegdheid

om bij derden informatie in te winnen of te verzoeken om de inzet van andere gespecialiseerde diensten, of de deelneming aan de aanstelling van bestuursambtenaren in verband met de betrokken diensten, kunnen evenmin als een voldoende gekwalificeerde uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag of als van het gemene recht afwijkende bevoegdheden worden beschouwd.

- 84 Ook het door de Bondsrepubliek Duitsland eveneens benadrukte feit dat het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten inhoudt dat wordt samengewerkt met overheidsinstanties en leden van beroepsgroepen met bevoegdheden van openbaar gezag, zoals politiemensen, betekent niet dat die diensten verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag (zie in die zin arrest Reyners, reeds aangehaald, punt 51).
- 85 Hetzelfde geldt voor het door de Bondsrepubliek Duitsland eveneens gestelde feit dat de overeenkomsten betreffende de betrokken opdrachten voor het verrichten van diensten onder het publiekrecht vallen en dat de werkzaamheden in kwestie worden uitgeoefend voor rekening van publiekrechtelijke instanties die verantwoordelijk zijn voor de openbare ambulancedienst (zie in die zin arrest van 18 december 2007, Jundt, C-281/06, Jurispr. blz. I-12231, punten 36-39).
- 86 De artikelen 45 EG en 55 EG zijn dus niet van toepassing op de in casu aan de orde zijnde werkzaamheden.
- 87 Bijgevolg moet worden onderzocht of de door de Commissie gestelde niet-nakoming bewezen is.

– Door de Commissie gestelde niet-nakoming

- ⁸⁸ Om te beginnen moet ten eerste worden opgemerkt dat blijkens de schriftelijke memories die de Commissie bij het Hof heeft ingediend, dit beroep wat de verschillende in de Bondsrepubliek Duitsland bestaande vormen van openbare ziekenvervoersdiensten betreft, alleen betrekking heeft op het zogenoemde „Submissionsmodell”, volgens hetwelk de dienstverlener aan wie de opdracht is gegund, rechtstreeks wordt betaald door de aanbestedende dienst waarmee hij de overeenkomst heeft gesloten, of door een daaraan verbonden financieringsorgaan.
- ⁸⁹ Ten tweede heeft de Bondsrepubliek Duitsland niet de stelling van de Commissie betwist dat de territoriale lichamen die de in het kader van het beroep genoemde opdrachten hebben geplaatst, aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 dan wel artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 zijn (zie in die zin arrest van 18 november 2004, Commissie/Duitsland, C-126/03, Jurispr. blz. I-11197, punt 18).
- ⁹⁰ Ten derde neemt het door de Bondsrepubliek Duitsland gestelde feit dat de overeenkomsten tot gunning van die opdrachten onder het publiekrecht vallen, niet weg dat er sprake is van het in artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 dan wel artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18 vereiste contractuele element. Zoals de Commissie heeft betoogd, pleit dit integendeel daarvoor (zie in die zin arrest van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 73).
- ⁹¹ De Bondsrepubliek Duitsland betwist geenszins dat die overeenkomsten schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel zijn, en spreekt evenmin de cijfers van de Commissie tegen volgens welke de respectieve waarde van de betrokken opdrachten de in artikel 7 van richtlijn 92/50 dan wel richtlijn 2004/18 gestelde toepassingsdrempels duidelijk overschrijdt.

- ⁹² Ten vierde staat tussen partijen tevens vast dat de in deze zaak aan de orde zijnde diensten inzake het vervoer van spoedgevallen of het gekwalificeerd ziekenvervoer zowel onder categorie 2 of categorie 3 van bijlage I A van richtlijn 92/50 dan wel bijlage II A van richtlijn 2004/18 als onder categorie 25 van bijlage I B van richtlijn 92/50 dan wel bijlage II B van richtlijn 2004/18 vallen, zodat de opdrachten voor dergelijke diensten onder artikel 10 van richtlijn 92/50 dan wel artikel 22 van richtlijn 2004/18 vallen (zie in die zin arrest van 24 september 1998, Tögel, C-76/97, Jurispr. blz. I-5357, punt 40).
- ⁹³ De Bondsrepubliek Duitsland spreekt daarentegen sommige door de Commissie gestelde feiten tegen. Zij betwist tevens haar stelling dat die feiten wijzen op een algemene praktijk inzake het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten.

Gestelde feiten

- ⁹⁴ Het is vaste rechtspraak dat wanneer de Commissie zich beroept op omstandige klachten waaruit herhaalde schending van het recht van de Unie blijkt, het aan de betrokken lidstaat staat, de in die klachten gestelde feiten concreet te bestrijden (zie arrest van 19 maart 2009, Commissie/Griekenland, C-489/06, Jurispr. blz. I-1797, punt 40, en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- ⁹⁵ In casu betwist de Bondsrepubliek Duitsland niet de juistheid van de door de Commissie gelaakte feiten met betrekking tot de door de stad Magdeburg in de deelstaat Sachsen-Anhalt geplaatste opdracht, de opdracht in verband met de exploitatie van de ambulancepost van Witten-Herbode in de deelstaat Nordrhein-Westfalen en de door de regio Hannover en door het kanton Hameln-Pyrmont in de deelstaat Niedersachsen geplaatste opdrachten, die zijn vermeld in de punten 27 en 29 tot en met 31 van dit arrest.

- ⁹⁶ Zij betwist daarentegen wel de door de Commissie aangevoerde feiten met betrekking tot de opdrachten die zijn geplaatst door de stad Bonn, het kanton Uelzen en diverse overheidslichamen van de deelstaat Sachsen.
- ⁹⁷ Wat allereerst de in punt 28 van dit arrest vermelde opdracht van de stad Bonn betreft, doen de door de Bondsrepubliek Duitsland verstrekte bijzonderheden over de redenen om een Duitse inschrijver uit te sluiten, echter niet af aan de door haar niet betwiste stelling van de Commissie dat in het kader van deze opdracht de rechtsregels van de Unie betreffende transparantie inzake overheidsopdrachten niet zijn nageleefd.
- ⁹⁸ Wat vervolgens de in punt 32 van dit arrest vermelde opdracht van het kanton Uelzen betreft, heeft de grief van de Commissie, zoals blijkt uit de discussie tussen partijen voor het Hof, betrekking op de verruiming van het voorwerp, in 2004, van de in 1984 gesloten overeenkomst tussen dat kanton en de Kreisverband van het DRK voor de exploitatie van de ambulancepost van Bad Bevensen, zonder dat het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten werd nageleefd.
- ⁹⁹ Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst met name als wezenlijk kan worden aangemerkt en derhalve een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50 dan wel richtlijn 2004/18 vormt, wanneer zij de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen (zie in die zin arrest van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punt 36).
- ¹⁰⁰ In casu blijkt uit de gegevens in het dossier dat de waarde van de opdracht voor de exploitatie van de ambulancepost van Bad Bevensen 673 719,92 EUR bedraagt, dus duidelijk meer dan de in artikel 7 van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 gestelde toepassingsdrempels.

- 101 In die omstandigheden moet de in punt 98 van dit arrest bedoelde verruiming van de overeenkomst, zoals de Commissie betoogt, worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke opdracht, die noopte tot de naleving van de relevante bepalingen van het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten.
- 102 Wat ten slotte de in de punten 33 tot en met 35 van dit arrest vermelde opdrachten in de deelstaat Sachsen betreft, doen de door de Bondsrepubliek Duitsland gestelde beëindiging van de verweten niet-nakoming doordat de looptijd van de tussen 2002 en 2004 verlengde overeenkomsten is verstreken en in januari 2005 een nieuwe regeling van die deelstaat met een transparante aanbestedingsprocedure voor openbare ambulancediensten in werking is getreden, niet af aan wat de Commissie, zonder door die lidstaat te worden tegengesproken, stelt, namelijk dat die overeenkomsten onder vigeur van de vorige regeling zonder enige transparantie op het niveau van de Unie zijn verlengd tot 31 december 2008.
- 103 De door de Commissie verweten situatie in verband met die in de deelstaat Sachsen geplaatste opdrachten bestond dus nog op 16 februari 2007, de datum waarop de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn verstreek, welke relevant is voor de beoordeling van het bestaan van de gestelde niet-nakoming (zie in die zin arrest van 6 oktober 2009, Commissie/Spanje, C-562/07, Jurispr. blz.I-9553, punt 23).
- 104 Bijgevolg moeten alle door de Commissie gestelde feiten bewezen worden geacht.

Gestelde praktijk

- 105 De Bondsrepubliek Duitsland verwijt de Commissie dat deze individuele gevallen aanvoert om te stellen dat er sprake is van een met het recht van de Unie strijdige algemene praktijk inzake het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten.

- ¹⁰⁶ Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Commissie het Hof kan verzoeken schendingen van het recht van de Unie vast te stellen die hierin bestaan dat de autoriteiten van een lidstaat een daarmee strijdige algemene praktijk hebben aangenomen, waarvan specifieke situaties in voorkomend geval de illustratie zijn (zie in die zin arrest van 25 oktober 2007, Commissie/Ierland, C-248/05, Jurispr. blz. I-9261, punt 64, en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- ¹⁰⁷ De vaststelling van een gestelde schending op basis van de in een lidstaat gehanteerde administratieve praktijk vereist evenwel dat de Commissie een voldoende omstandig en gedocumenteerd bewijs van de verweten praktijk levert. Daaruit moet blijken dat deze administratieve praktijk in zekere mate constant en algemeen is. Daartoe mag de Commissie zich niet baseren op enig vermoeden (zie arrest van 7 juni 2007, Commissie/Griekenland, C-156/04, Jurispr. blz. I-4129, punt 50, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 19 maart 2009, Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, punt 48).
- ¹⁰⁸ Wanneer de Commissie voldoende bewijs heeft aangevoerd van een met het recht van de Unie strijdige, herhaalde en bestendige praktijk van de autoriteiten van de verwerende lidstaat, staat het aan deze lidstaat, de aldus overgelegde gegevens en de daaruit voortvloeiende gevolgen inhoudelijk en in bijzonderheden te weerleggen (zie arrest van 26 april 2005, Commissie/Ierland, C-494/01, Jurispr. blz. I-3331, punt 47, en arrest van 25 oktober 2007, Commissie/Ierland, reeds aangehaald, punt 69).
- ¹⁰⁹ Zoals blijkt uit de punten 95 tot en met 104 van dit arrest, heeft de Bondsrepubliek Duitsland in casu het bestaan van de door de Commissie aangevoerde feiten omtrent herhaalde gevallen van schending van het recht van de Unie bij het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten in de deelstaten Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen en Sachsen niet kunnen ontkrachten. Zij heeft ook niets aangevoerd waaruit zou blijken, dat in die deelstaten bij

de plaatsing van andere opdrachten volgens het „Submissionsmodell” het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten in acht is genomen.

- ¹¹⁰ Zoals de advocaat-generaal in punt 150 van haar conclusie heeft opgemerkt, bevestigen de door de Bondsrepubliek Duitsland niet betwiste gegevens van de Commissie betreffende het zeer kleine aantal gunningen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten waarbij het recht van de Unie is geëerbiedigd, intengendeel dat in de vier betrokken deelstaten een praktijk bestaat die verder reikt dan de specifieke gevallen die de Commissie in het kader van dit beroep heeft genoemd.
- ¹¹¹ De door de Commissie gestelde praktijk in de deelstaten Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen en Sachsen moet dan ook bewezen worden geacht.
- ¹¹² Bijgevolg moet worden onderzocht of de richtlijnen 92/50 en 2004/18 en de artikelen 43 EG en 49 EG zijn geschonden, zoals de Commissie stelt.

Schending ten gevolge van de niet-naleving van richtlijn 92/50 dan wel richtlijn 2004/18, en van de artikelen 43 EG en 49 EG

- ¹¹³ Met haar beroep stelt de Commissie dat de betrokken praktijk bij het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten waarbij de waarde van de vervoersdiensten hoger is dan die van de medische diensten, een schending

oplevert van artikel 10 van richtlijn 92/50 junctis de titels III tot en met VI van die richtlijn dan wel, sinds 1 februari 2006, van artikel 22 van richtlijn 2004/18 junctis de artikelen 23 tot en met 55 van die richtlijn. Op grond van die titels en bepalingen staat het met name aan de aanbestedende dienst om met het oog op de aanbesteding van de betrokken opdracht een aankondiging van opdracht op het niveau van de Unie bekend te maken, en om de resultaten van de gunning van die opdracht openbaar te maken.

- 114 Bij het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van openbare ziekenvervoersdiensten waarbij de waarde van de medische diensten groter is dan die van de vervoersdiensten, levert de betrokken praktijk volgens de Commissie een schending op van artikel 10 van richtlijn 92/50 juncto artikel 16 van die richtlijn, dan wel, sinds 1 februari 2006, van artikel 22 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 35, lid 4 van die richtlijn. Op grond van die bepalingen moet de aanbestedende dienst de resultaten van de gunning van de betrokken opdracht openbaar maken.
- 115 De Commissie werpt ook de grief op dat de artikelen 43 EG en 49 EG zijn geschon-
den, welke blijkens de punten 45 tot en met 47 en 52 van dit arrest evenwel slechts
ontvankelijk is voor zover het gaat om het plaatsen van opdrachten als bedoeld in het
vorige punt.
- 116 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak in een niet-
nakomingsprocedure krachtens artikel 226 EG aan de Commissie staat, de gestelde
niet-nakoming aan te tonen, door het Hof de informatie te verschaffen die dit nodig
heeft om te kunnen vaststellen of er inderdaad sprake is van deze niet-nakoming, en
dat zij zich daarbij niet kan baseren op een of ander vermoeden (zie arrest van 29 ok-
tober 2009, Commissie/Finland, C-246/08, Jurispr. blz.I-10605, punt 52, en aldaar
aangehaalde rechtspraak).

- 117 Zoals de advocaat-generaal in punt 113 van haar conclusie heeft opgemerkt, moet de Commissie het concrete voorwerp van de gestelde niet-nakoming met nauwkeurigheid bepalen, zodat het voor de verwerende lidstaat, indien de niet-nakoming wordt vastgesteld, duidelijk is welke maatregelen van hem worden verlangd om ervoor te zorgen dat de gelaakte situatie weer volledig met het recht van de Unie in overeenstemming wordt gebracht.
- 118 In casu blijkt uit het dossier dat de Commissie, na in het met redenen omkleed advies te hebben vermeld dat zij niet over voldoende informatie beschikt om te beoordelen of bij de genoemde opdrachten de vervoersdiensten dan wel de medische diensten zwaarder wegen, dat aspect, zoals de advocaat-generaal in punt 96 van haar conclusie heeft opgemerkt, in dit beroep bewust in het midden heeft gelaten, zonder dat uit het dossier blijkt dat die keuze is ingegeven door een gebrek aan samenwerking van de Duitse autoriteiten in de precontentieuze procedure.
- 119 In haar verzoekschrift heeft zij immers algemeen gesteld dat zowel bij de opdrachten die betrekking hebben op gekwalificeerd ziekenvervoer als bij de opdrachten die betrekking hebben op het vervoer van spoedgevallen, de waarde van de medische diensten groot kan zijn, en dat de litigieuze opdrachten normaliter zowel het ene als het andere soort diensten betreffen, zodat de verhouding tussen de respectieve waarde daarvan van opdracht tot opdracht varieert, zodat het denkbaar is dat er zowel opdrachten zijn waarbij de waarde van de vervoersdiensten hoger is dan die van de medische diensten, als opdrachten waarvoor het omgekeerde geldt.
- 120 Nu de Commissie uitgaat van dergelijke veronderstellingen, heeft zij er bewust van afgezien, aan te tonen dat bij de betrokken opdrachten, of althans sommige daarvan, de waarde van de vervoersdiensten hoger is dan die van de medische diensten.

- 121 Met betrekking tot de richtlijnen 92/50 en 2004/18 heeft zij haar bezwaren integendeel toegespitst op het feit dat, los van de juridische indeling in artikel 10 van richtlijn 92/50 dan wel artikel 22 van richtlijn 2004/18, artikel 16 van richtlijn 92/50 dan wel artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 bij het plaatsen van elk van die opdrachten was geschonden, aangezien de resultaten van de gunning van die opdrachten niet openbaar is gemaakt, hetgeen de Bondsrepubliek Duitsland voor geen enkele van de bedoelde opdrachten heeft betwist.
- 122 In die context, waarin bij gebrek aan door de Commissie verschaftte voldoende concrete gegevens, niet kan worden uitgesloten dat bij geen enkele van de in het kader van het beroep genoemde opdrachten de waarde van de vervoersdiensten hoger is dan die van de medische diensten, moet de vaststelling van niet-nakoming van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 worden beperkt tot schending van artikel 10 van richtlijn 92/50 juncto artikel 16 van die richtlijn dan wel, sinds 1 februari 2006, van artikel 22 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 35, lid 4, van die richtlijn, nu die artikelen hoe dan ook van toepassing zijn op opdrachten die, zoals die welke in casu aan de orde zijn, betrekking hebben op zowel vervoersdiensten als medische diensten, ongeacht de verhouding tussen de respectieve waarde van die diensten in het kader van de betrokken opdracht.
- 123 Zoals de advocaat-generaal in punt 93 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft de Commissie evenmin getracht aan te tonen dat bij de in het kader van haar beroep genoemde opdrachten, of althans sommige daarvan, de waarde van de medische diensten hoger is dan die van de vervoersdiensten. In die omstandigheden, waarin bij gebrek aan voldoende concrete gegevens niet kan worden uitgesloten dat bij geen enkele van de betrokken opdrachten de medische diensten zwaarder wegen, kan het Hof niet vaststellen dat er sprake is van de gestelde niet-nakoming van de artikelen 43 EG en 49 EG. Dit geldt eveneens voor de vraag of de door de Commissie genoemde opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben.
- 124 Voorts moet nog worden onderzocht of het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden betreffende de rechtvaardiging op grond van artikel 86, lid 2, EG, gegrond is.

– Rechtvaardiging op grond van artikel 86, lid 2, EG

- ¹²⁵ In de punten 55 en 60 van het reeds aangehaalde arrest *Ambulanz Glöckner* heeft het Hof het vervoer van spoedgevallen aangemerkt als „diensten van algemeen economisch belang” in de zin van artikel 86, lid 2, EG.
- ¹²⁶ Blijkens vaste rechtspraak moet de lidstaat die zich op artikel 86, lid 2, EG beroept, evenwel aantonen dat aan alle voorwaarden voor toepassing van die bepaling is voldaan (zie met name arrest van 23 oktober 1997, *Commissie/Frankrijk*, C-159/94, *Jurispr. blz. I-5815*, punt 101).
- ¹²⁷ In casu heeft de Bondsrepubliek Duitsland benadrukt dat inzake ziekenvervoer kruis-subsidiëring moet worden verzekerd tussen gebieden die naargelang van de bevolkingsdichtheid rendabel of minder rendabel zijn. Zij heeft ook gewezen op het belang van de nabijheid van de dienstverlening en van de samenwerking met andere bij de hulpverlening betrokken diensten, hetgeen vereist dat in de omgeving wonend personeel ter beschikking staat dat bij noodsituaties en rampen snel kan worden ingezet.
- ¹²⁸ Zoals de Commissie heeft onderstreept, kunnen dergelijke overwegingen inderdaad rechtvaardigen dat de bevoegde aanbestedende dienst specifieke maatregelen treft om, met name via aan de specifieke kenmerken van het gebied aangepaste vergoedingsmethoden of via de verplichte beschikbaarheid ter plaatse van voldoende personeel en technische middelen, te verzekeren dat de medecontractant onder economisch aanvaardbare omstandigheden een kwaliteitsvolle, efficiënte en toegankelijke ziekenvervoersdienst op het gehele betrokken grondgebied verleent.

- 129 Zij verklaren daarentegen niet hoe de verplichte openbaarmaking van de resultaten van de gunning van de betrokken opdracht de vervulling van die taak van algemeen economisch belang zou belemmeren.
- 130 Bijgevolg moet de argumentatie op basis van artikel 86, lid 2, EG worden verworpen.
- 131 Gelet op voorgaande overwegingen moet worden vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland, door bij het plaatsen van opdrachten inzake openbare spoedeisende vervoersdiensten en gekwalificeerde ziekenvervoersdiensten volgens het „Submissionsmodell” in de deelstaten Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen en Sachsen geen mededeling betreffende de resultaten van de aanbestedingsprocedure bekend te maken, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 10 van richtlijn 92/50 juncto artikel 16 van die richtlijn dan wel, sinds 1 februari 2006, krachtens artikel 22 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 35, lid 4, van die richtlijn.
- 132 Voor het overige moet het beroep worden verworpen.

Kosten

- 133 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 69, lid 3, van dit Reglement kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien de Commissie en de

Bondsrepubliek Duitsland in casu elk op bepaalde punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen zij hun eigen kosten dragen.

- ¹³⁴ Volgens artikel 69, lid 4, eerste alinea, van dit Reglement draagt de lidstaat die in het geding is tussengekomen, zijn eigen kosten. Het Koninkrijk der Nederlanden zal derhalve zijn eigen kosten dragen.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

- 1) **Door bij het plaatsen van opdrachten inzake openbare spoedeisende vervoersdiensten en gekwalificeerde ziekenvervoersdiensten volgens het „Submissionsmodell” in de deelstaten Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen en Sachsen geen mededeling betreffende de resultaten van de aanbestedingsprocedure bekend te maken, is de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 10 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, juncto artikel 16 van die richtlijn, dan wel, sinds 1 februari 2006, krachtens artikel 22 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, juncto artikel 35, lid 4, van die richtlijn.**
- 2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

- 3) De Europese Commissie, de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden dragen hun eigen kosten.**

ondertekeningen