

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

10. marts 2011 *

I sag C-274/09,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Oberlandesgericht München (Tyskland) ved afgørelse af 2. juli 2009, indgået til Domstolen den 20. juli 2009, i sagen:

Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler

mod

Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,

procesdeltagere:

Malteser Hilfsdienst eV,

Bayerisches Rotes Kreuz,

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne D. Šváby, E. Juhász (refererende dommer), G. Arestis og T. von Danwitz,

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24. juni 2010,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler ved Rechtsanwälte B. Stolz og P. Kraus
- Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau ved Rechtsanwälte M. Kuffer og D. Bens
- Malteser Hilfsdienst eV ved Rechtsanwalt W. Schmitz-Rode
- Bayerisches Rotes Kreuz ved Rechtsanwalt E. Rindtorff

- den tyske regering ved M. Lumma og J. Möller, som befuldmægtigede

- den tjekkiske regering ved M. Smolek, som befuldmægtiget

- den svenske regering ved S. Johannessen, som befuldmægtiget

- Europa-Kommissionen ved C. Zadra og G. Wilms, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 9. september 2010,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a) og d), og stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

- 2 Anmodningen er blevet fremsat under en sag mellem Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (herefter »virksomheden Stadler«) og Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (kommunal sammenslutning med ansvar for redningstjenester og brandalarm i Passau, herefter »den kommunale

sammenslutning i Passau«) vedrørende indgåelse af tjenesteydelseskontrakter om redningstjenester. Parterne er navnlig uenige om kvalificeringen af disse kontrakter som »tjenesteydelseskontrakter« eller som »koncessionskontrakter om tjenesteydelser«.

Retsforskrifter

EU-retlige forskrifter

3 Artikel 1 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»[...]

2. a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

[...]

d) Ved »offentlige tjenesteydelseskontrakter« forstås offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II.

[...]

4. Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

[...]«

Nationale bestemmelser

- 4 Den bayerske lov om redningstjenester (Bayerisches Rettungsdienstgesetz, herefter »den bayerske lov«) trådte i kraft den 1. januar 2009. Lovens relevante bestemmelser for denne sag er følgende:

»§ 1

Anvendelsesområde og formål

Denne lov regulerer akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport, syge-transport, bjerg- og huleredning samt redning til vands (redningstjeneste). Fuld geografisk dækning med redningstjenesteydelser er en offentlig opgave, der skal sikres ved hjælp af en offentlig redningstjeneste [...]

[...]

§ 4

Organer til varetagelse af redningsopgaver

(1) Regioner og kommuner, som ikke er underlagt en region, skal sikre offentlig redningstjeneste ifølge bestemmelserne i nærværende lov inden for redningstjenesteområdet [...]

(2) Den øverste redningstjenestemyndighed fastlægger efter høring af de deltagende kommunale centralorganisationer ved bekendtgørelse redningstjenestedistrikterne således, at redningstjenesten er effektiv og økonomisk.

(3) Regioner og kommuner, som ikke er underlagt en region, varetager inden for samme redningstjenestedistrikt de opgaver, der påhviler dem i henhold til nærværende lov i samarbejde med en fælleskommunal sammenslutning med henblik på rednings- og brandtjeneste.

[...]

§ 13

Organer til indførelse af akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport

(1) Den fælleskommunale sammenslutning med henblik på rednings- og brandtjeneste overdrager udførelsen af akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport på landjorden til

1. Bayerisches Rote Kreuz (Røde Kors i Bayern)
2. Arbeiter-Samariter-Bund (Foreningen af Nødarbejdere)
3. Malteser-Hilfsdienst (Malteserordenens Hjelpeorganisation)
4. Johanniter-Unfall-Hilfe (frivillige arbejdere) eller
5. tilsvarende hjælpeorganisationer.

[...]

(2) Såfremt hjælpeorganisationerne ikke er villige til eller ikke er i stand til at påtage sig opgaverne, overdrager den kommunale sammenslutning udførelsen af redningstjenesteydelser på landjorden til tredjemand eller varetager selv udførelsen af disse gennem forbundets medlemmer.

(3) Den kommunale sammenslutning råder over et skøn ved udvælgelsen af, hvem der skal udføre opgaverne, samt opgavernes omfang. Udvælgelsen skal være transparent og foretages på grundlag af objektive kriterier. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung skal offentliggøre den forestående udvælgelse på passende måde, således at interesserede tjenesteydere kan indgive ansøgning.

(4) Retsforholdet vedrørende redningstjenesten og brandalarmen mellem den kommunale sammenslutning og den, der får overdraget udførelsen af redningstjenesten, reguleres ved offentligretlig aftale.

[...]

§ 21

Godkendelsespligt

(1) Udførelse af akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport eller syge-transport kræver godkendelse.

[...]

§ 24

Betingelser for godkendelse

[...]

(2) Der skal meddeles godkendelse til udførelse af akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport eller sygetransport inden for offentlig redningstjeneste, såfremt [...] der fremlægges en offentligretlig aftale i overensstemmelse med artikel 13, stk. 4 [...]

[...]

(4) Sygetransport uden for den offentlige redningstjeneste godkendes ikke, såfremt det må forventes, at anvendelse af denne vil skade det offentliges interesse i en funktionsdygtig redningstjeneste [...]

[...]

§ 32

Opkrævning af og grundlaget for vederlag

Der opkræves vederlag for brugen af redningstjenesteydelser, inkl. lægelig medvirken. Vederlaget for ydelserne fastsættes på grundlag af forventede omkostninger, der i overensstemmelse med driftsøkonomiske principper afspejler en behørig præstation af ydelsen, en rentabel og økonomisk forvaltning samt en effektiv organisation [...]

[...]

§ 34

Vederlag for akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport

[...]

(2) Socialsikringsinstitutionerne aftaler de vederlag, der skal betales for akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport i fællesskab med dem, der udfører redningstjenesten eller delstatssammenslutninger af disse [...]

(3) Vederlag aftales forud for et år ad gangen.

(4) Udgifterne til akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport skal fordeles efter ensartede kriterier mellem deltagerne. De vederlag, der er aftalt med socialsikringsinstitutionerne, skal afregnes af den, der udfører ydelserne, også i forhold til alle andre personer og institutioner, som benytter offentlige redningstjenesteydelser

(5) Vederlag fastsættes konkret på grundlag af de forventede omkostninger, der kan tages i betragtning i henhold til § 32, andet punktum, til præstation af ydelser inden for områderne akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport samt det forventede antal indsatser i løbet af indsatsperioden. Omkostninger i forbindelse med ydelserne omfatter navnlig ligeledes udgifter til lægelig medvirken under redningstjenesten [...] samt udgifterne til det centrale afregningskontor for redningstjeneste i Bayern i henhold til stk. 8. Socialsikringsinstitutionerne indgår særskilte aftaler med de enkelte leverandører, ledelsen af de integrerede kontrolcentre og det centrale afregningskontor for redningstjeneste i Bayern vedrørende de forventede udgifter til vederlag i betalingsperioden. Det kan aftales, at udgifterne betragtes som fastsat i budgettet.

(6) Såfremt der ikke senest den 30. november i det regnskabsår, der går forud for betalingsperioden, er indgået aftale om vederlag i henhold til stk. 2 eller stk. 5, fastlægges størrelsen af de forventede udgifter og vederlag af voldgiftsinstansen ved en voldgiftsprocedure [...]. En tilpasning af vederlagene har ikke tilbagevirkende kraft.

(7) Vederlag, der modtages for akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport, anvendes til dækning af de forventede udgifter, som er aftalt med socialsikringsinstitutionerne, eller som retskraftigt er blevet fastsat (indkomstudligning). Efter udløbet af en betalingsperiode skal de enkelte leverandører, ledelsen af de integrerede kontrolcentre og det centrale afregningskontor for redningstjenesten i Bayern godtgøre de faktisk afholdte udgifter ved fremlæggelse af regnskab og afregne dem i forhold til de aftalte udgifter (regnskabsafklæggelse). Såfremt der er forskel mellem de faktiske udgifter og de forventede udgifter, der blev godkendt af socialsikringsinstitutionerne, ifølge omkostningsaftalen, skal resultatet af regnskabsafklæggelsen behandles på de førstkommende forhandlinger om vederlag. Resultatet kan ikke fremføres, såfremt udgifterne til leverandørerne [...] eller det centrale afregningskontor blev aftalt som fastsat i budgettet.

(8) Med henblik på gennemførelse af stk. 2-7 og § 35 inddrages et centralt afregningskontor for redningstjenesten i Bayern, der navnlig

1. deltager som rådgiver ved indgåelse af aftaler om vederlag som omhandlet i stk. 2 og ved aftaler i henhold til stk. 5

2. på grundlag af deltagernes forventede udgifter og det forventede antal indsatser, der udføres af den offentlige redningstjeneste, foretager beregning af de krævede vederlag og stiller disse i forslag til deltagerne med henblik på indgåelse af aftale; dette gælder ligeledes med hensyn til nødvendig tilpasning af vederlag i løbet af regnskabsåret

3. opkræver vederlag for offentlige redningstjenesteydelser [...] hos betalingsyderne

4. forestår indtægtsudligning[...]

5. foretager udbetaling af udgifter i forbindelse med ydelserne til leverandørerne af redningstjenester [...]

6. kontrollerer leverandørernes regnskabsafleggelse [...] for så vidt angår pålidelighed og korrekt bogføring

7. udfærdiger et revideret regnskab for den offentlige redningstjeneste.

I den henseende erlægger det centrale afregningskontor for redningstjenesten i Bayern sine ydelser uden gevinst for øje. Samtlige deltagere har pligt til at yde støtte til det centrale afregningskontor for redningstjenesten i Bayern ved udførelsen af dets opgaver samt til at stille de nødvendige oplysninger og skriftlig dokumentation til dets rådighed.

[...]

§ 48

Voldgiftsinstanser

[...]

(3) Voldgiftsinstanser vedrørende vederlag omfatter foruden formanden

1. i sager om vederlag for redning til lands tre medlemmer for leverandører af landredningsydelser samt tre medlemmer for socialsikringsinstitutionerne [...]

[...]

(5) Voldgiftsinstansens formand og dennes stedfortræder udpeges i fællesskab af leverandørerne af den offentlige redningstjeneste, foreningen af sygekasselæger i Bayern, de ansvarlige for medvirken af ledsagelæger samt af socialsikringsinstitutionerne.

§ 49

Redningstjenestemyndigheder

(1) Myndigheder med ansvar for gennemførelse af nærværende lov [...] er

1. Staatsministerium des Innern (det bayerske indenrigsministerium) som øverste redningstjenestemyndighed [...]

[...]

§ 53

Bekendtgørelser og øvrige forvaltningsforskrifter

(1) Den øverste redningstjenestemyndighed kan ved bekendtgørelse

[...]

11. træffe bestemmelse om det centrale afregningskontor for redningstjenesten i Bayern [...]

[...]«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 5 Virksomheden Stadler leverede redningstjenesteydelser for den kommunale sammenslutning i Passau i Bayern indtil den 31. december 2008, hvor de kontrakter, som forbandt dem, blev ophævet. Den bestred gyldigheden af nævnte ophævelse for Verwaltungsgericht og fremsatte en begæring om anvendelse af foreløbige forholdsregler, for at kontrakten kunne fortsættes, indtil der blev truffet afgørelse i hovedsagen. Den fik ikke medhold i nogen af sine påstande.

- 6 Under procedurerne erklærede den kommunale sammenslutning i Passau, at den havde til hensigt, uden gennemførelse af et forudgående udbud, at lade andre virksomheder stå for opfyldelsen af redningstjenesteydelserne, først på grundlag af midlertidige kontrakter, og dernæst ved tildeling af den endelige kontrakt inden for rammerne af en procedure på grundlag af udvælgelsesproceduren fastsat i den bayerske lovs § 13, stk. 3.

- 7 Den kommunale sammenslutning i Passau indgik midlertidige kontrakter med Malteser Hilfsdienst eV og Bayerisches Rotes Kreuz.

- 8 Virksomheden Stadler anfægtede ved skrivelse af 17. december 2008 proceduren fulgt af den kommunale sammenslutning i Passau og indbragte sagen for Vergabekammer (myndigheden for offentlige kontrakter), som afviste sagen.

- 9 Virksomheden Stadler ankede denne afgørelse til Oberlandesgericht München.

- 10 Ifølge den forelæggende ret har sagen til formål at afgøre, om leveringen af de omtvistede tjenesteydelser i Bayern skal kvalificeres som en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« eller som en »tjenesteydelseskontrakt«, og hvad retsvirkningerne af denne kvalificering er. Sidstnævnte afhænger af fortolkningen af artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18, som definerer begrebet »koncessionskontrakt om tjenesteydelser«.

- 11 I Passau indgås kontrakter om levering af redningstjenesteydelser til befolkningen i form af en såkaldt »koncessionsmodel« mellem en ordregivende myndighed, den kommunale sammenslutning i Passau og en tjenesteyder.

- 12 Størrelsen af vederlaget for denne levering af redningstjenesteydelser aftales mellem socialsikringsinstitutionerne og den valgte tjenesteyder. I medfør af den bayerske lovs § 32, andet punktum, skal vederlagene beregnes på grundlag af de forventede omkostninger, der i overensstemmelse med driftsøkonomiske principper afspejler en behørig præstation af ydelsen, en rentabel og økonomisk forvaltning samt en effektiv organisation. Vederlag, der modtages for akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport, anvendes til dækning af de aftalte forventede udgifter. I tilfælde af uenighed mellem socialsikringsinstitutionen og tjenesteyderen om størrelsen af vederlaget indbringes spørgsmålet for en voldgiftsinstans, hvis afgørelser er undergivet prøvelse ved de administrative domstole.
- 13 Den valgte tjenesteyder oppebærer vederlaget fra et centralt afregningskontor, oprettet af det bayerske indenrigsministerium, som har pligt til at anvende dets tjenester. Dette kontor overfører til tjenesteyderen et vederlag, der antager form af ugentlige eller månedlige rater, på grundlag af et samlet årligt vederlag, som beregnes på forhånd uafhængig af antallet af faktisk gennemførte indsatser. Hvis der ved årets slutning måtte være et underskud, indgår dette underskud i efterfølgende forhandlinger.
- 14 Privatforsikrede og ikke-forsikrede personer, som ifølge den forelæggende ret udgør 10% af debitorerne, skal betale samme vederlag som de, der er omfattet af en lovpligtig forsikring
- 15 Den forelæggende ret har understreget, at der i Tyskland eksisterer en alternativ model for levering af redningstjenesteydelser, den såkaldte submissionsmodel. I visse delstater såsom Sachsen betaler den ordregivende myndighed med ansvaret for redningstjenesteydelser direkte tjenesteydelserne. De offentlige myndigheder med ansvaret for redningstjenester aftaler dette vederlag inden for rammene af forhandlinger med socialsikringsinstitutionerne, hvorefter det udbetales til leverandørerne af

redningstjenesteydelser. Denne model er allerede af Bundesgerichtshof blevet kvalificeret som en tjenesteydelseskontrakt.

- 16 Forskellene mellem submissionsmodellen i delstater som Sachsen og koncessionsmodellen i delstater som Bayern består i, at i det første tilfælde forhandles det ved lov fastsatte vederlag af den ordregivende myndighed, der har ansvaret for redningstjenesterne, og en anden ordregivende myndighed (socialsikringsinstitutionen), hvorved tjenesteyderen er bundet af denne aftale, mens tjenesteyderen i det andet tilfælde aftaler størrelsen af vederlaget med en anden ordregivende myndighed (socialsikringsinstitutionen).
- 17 Ifølge den forelæggende ret opstår herved spørgsmålet om, hvorvidt valget af en anden forhandlingsmetode i sig selv kan føre til, at redningstjenesteydelsen i den ene situation skal gives i udbud som tjenesteydelseskontrakt i medfør af direktiv 2004/18, mens der i den anden situation kan ses bort fra anvendelsen af reglerne om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler med den begrundelse, at kontrakten udgør en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.
- 18 Efter den forelæggende rets opfattelse, følger det tillige af Domstolens praksis, at det for at anse en kontrakt for en koncession på offentlige tjenesteydelser, når vederlaget betales af en tredjemand, er nødvendigt, at medkontrahenten overtager risikoen for driften af de omhandlede ydelser. Hvis det således lægges til grund, at det afgørende kriterium for en afgrænsning mellem en koncessionskontrakt om tjenesteydelser og en tjenesteydelseskontrakt er den omstændighed, at medkontrahenten overtager en økonomisk risiko, opstår spørgsmålet, om overtagelse af en hvilken som helst form for risiko er tilstrækkelig, når blot der er tale om overtagelse af den samlede risiko, der ellers ville have påhvilet den ordregivende myndighed.

- 19 Denne afgrænsning er så meget desto mere hårfin, som fremhævet af den forelæggende ret, henset til, at tjenesteyderen ved »koncessionsmodellen« kun skal bære en begrænset økonomisk risiko.
- 20 Under disse omstændigheder har Oberlandesgericht München besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal en kontrakt om tjenesteydelser (i dette tilfælde vedrørende redningstjenesteydelser), hvorefter den ordregivende myndighed ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til leverandøren, men
- a) vederlaget for de ydelser, der skal præsteres, fastsættes ved forhandling mellem leverandøren og tredjemand, som selv er ordregivende myndigheder (i dette tilfælde socialsikringsinstitutioner)
- b) såfremt der ikke opnås enighed, træffes afgørelsen af en dertil indrettet voldgiftsinstans, hvis afgørelse er undergivet almindelig domstolsprøvelse, og
- c) vederlaget ikke betales direkte af brugerne, men af et centralt afregningskontor, som leverandøren ifølge lov er forpligtet til at benytte, ved regelmæssige, ratevise betalinger til leverandøren,
- d) alene af denne grund anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i henhold til artikel 1, stk. 4, i [...] direktiv 2004/18 [...] til forskel fra en tjenesteydelseskontrakt i henhold til direktivets artikel 1, stk. 2, litra a) og d)?

- 2) Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, foreligger der da en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, når den driftsrisiko, der er forbundet med den offentlige tjenesteydelse, er begrænset, fordi
- a) vederlaget for ydelserne i henhold til lov skal fastsættes på grundlag af forventede omkostninger, der i overensstemmelse med driftsøkonomiske principper afspejler en behørig præstation af ydelsen, en rentabel og økonomisk forvaltning samt en effektiv organisation
 - b) vederlaget betales af solvente socialsikringsinstitutioner
 - c) der sikres en vis eneret til udnyttelsen i det distrikt, der er fastsat ved kontrakten,

men leverandøren fuldt ud påtager sig den begrænsede risiko?»

Om de præjudicielle spørgsmål

- ²¹ Da de to spørgsmål fra den forelæggende ret er nært forbundne, bør de behandles samlet.
- ²² Indledningsvis bemærkes, at kontrakter om levering af redningstjenesteydelser til befolkningen, som indgås af den kommunale sammenslutning i Passau, indgås efter den såkaldte »koncessionsmodel«. Denne model for indgåelse adskiller sig fra den såkaldte »submissionsmodel«, som udgør en fremgangsmåde for indgåelse af en

offentlig tjenesteydelseskontrakt (jf. i denne retning dom af 29.4.2010, sag C-160/08, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3713, præmis 131), idet vederlaget i koncessionsmodellen ikke betales af den ordregivende myndighed, men dækkes af beløb opkrævet hos brugerne af tjenesten via et centralt afregningskontor. Vederlaget for ydelsen aftales mellem socialsikringsinstitutionen og den tjenesteyder, som den kommunale sammenslutning i Passau har valgt.

- 23 Det påpeges herved indledningsvis, at spørgsmålet, om en transaktion anses for tjenesteydelseskoncession eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt, udelukkende skal vurderes efter EU-retten (jf. bl.a. dom af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 31, og af 15.10.2009, sag C-196/08, Acoset, Sml. I, s. 9913, præmis 38).
- 24 Det fremgår af en sammenligning af definitionerne af en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i henholdsvis stk. 2, litra a) og d), og stk. 4 i artikel 1 i direktiv 2004/18, at forskellen mellem en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser bunder i vederlaget for de tjenesteydelser, der skal præsteres. En tjenesteydelseskontrakt indebærer en modydelse, som, uden at være den eneste, betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen (jf. i denne retning dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 39, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 33 og 40), mens vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris (jf. i denne retning dom af 10.9.2009, sag C-206/08, Eurawasser, Sml. I, s. 8377, præmis 51).
- 25 Hvad angår en kontrakt om tjenesteydelser opfylder den omstændighed, at medkontrahenten ikke umiddelbart aflønnes af den ordregivende myndighed, men at han har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, kravet om vederlag fastsat i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18 (jf. Eurawasser-dommen, præmis 57).

- 26 Hvis vederlagsformen således er et af de afgørende elementer for kvalificeringen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, fremgår det desuden af retspraksis, at en koncessionskontrakt om tjenesteydelser indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser, og at dersom den risiko, som er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen, ikke fuldt ud overføres på tjenesteyderen, udgør transaktionen en offentlig tjenesteydelseskontrakt og ikke en koncessionskontrakt om tjenesteydelser (Eurawasser-dommen, præmis 59 og 68 og den deri nævnte retspraksis).
- 27 I hovedsagen fremgår det af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at aflønningen af leverandøren af redningstjenesteydelserne ikke sker ved den ordregivende myndighed, der har tildelt den omhandlede kontrakt, men ved vederlag, som den i henhold til den bayerske lov har ret til at opkræve hos socialsikringsinstitutionerne, hvis forsikrede har anvendt redningstjenesterne, eller hos privatforsikrede personer og ikke-forsikrede personer, der har modtaget sådanne ydelser.
- 28 Den omstændighed, at størrelsen af vederlaget ikke ensidigt fastsættes af leverandøren af redningstjenesteydelserne, men ved en aftale med socialsikringsinstitutionerne, som selv har karakter af ordregivende myndighed (jf. i denne retning dom af 11.6.2009, sag C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, Sml. I, s. 4779, præmis 40-59), og at dette vederlag ikke direkte betales af brugerne af tjenesterne til den valgte tjenesteyder, men derimod af et centralt afregningskontor, som har ansvaret for at inddrive og udbetale disse vederlag, i form af regelmæssige rater, har ingen betydning for denne konstatering. Det forholder sig nemlig ikke desto mindre således, at alle vederlagene til tjenesteyderen kommer fra andre personer end den ordregivende myndighed, som har tildelt tjenesteyderen kontrakten.
- 29 For i en sag som hovedsagen sag at kunne konkludere, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser som omhandlet i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18, skal det tillige undersøges, om den aftalte vederlagsform består i tjenesteyderens ret til at udnytte en ydelse, og indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af den pågældende tjenesteydelse. Selv om denne risiko fra begyndelsen givetvis kan

være meget begrænset, kræver kvalificeringen som koncessionskontrakt om tjenesteydelser imidlertid, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren (jf. i denne retning Eurawasser-dommen, præmis 77 og 80).

- 30 I hovedsagen har den kommunale sammenslutning i Passau for flere år overført hele den tekniske, administrative og finansielle gennemførelse af redningstjenesteydelserne, som den havde ansvaret for, til de valgte tjenesteydere i overensstemmelse med den bayerske lovs § 4, stk.1.
- 31 De valgte tjenesteydere har således under de betingelser, der er fastsat i kontrakten og i den bayerske lov, ansvaret for redningstjenesterne i det administrative distrikt under den kommunale sammenslutning i Passau.
- 32 Virksomheden Stadler bestrider påstanden om, at den kommunale sammenslutning i Passau ved denne transaktion også har overført en risiko for driften af de omhandlede tjenester til de valgte tjenesteydere.
- 33 Det bemærkes herved, at når tjenesteyderens vederlag udelukkende kommer fra tredjemænd, er den ordregivende myndigheds overførsel af en »meget begrænset« driftsrisiko tilstrækkelig for, at det kan konkluderes, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.
- 34 Det forholder sig ofte således, at visse sektorer, herunder navnlig sektorer, der vedrører almenyttige aktiviteter såsom den i hovedsagen omhandlede, er reguleret ved bestemmelser, der kan indebære en begrænsning af de økonomiske risici, som løbes. Det skal navnlig fortsat være muligt for de ordregivende myndigheder, som handler

i god tro, at sikre levering af tjenesteydelser ved hjælp af en koncession, hvis de vurderer, at dette er den bedste måde at sikre den pågældende offentlige tjenesteydelse på, og dette gælder endog, selv om driftsrisikoen er meget begrænset (jf. Eurawasserdommen, præmis 72 og 74).

- 35 I sådanne sektorer har de ordregivende myndigheder ikke nogen indflydelse på tjenesteydelsens offentligretlige udformning og således på omfanget af den risiko, som overføres, og det ville desuden heller ikke være rimeligt at stille krav om, at en koncessionsgivende offentlig myndighed skal skabe konkurrencevilkår og vilkår for den økonomiske risiko, der er højere end dem, som på grund af de bestemmelser, der finder anvendelse i den pågældende sektor, findes i sidstnævnte (jf. Eurawasserdommen, præmis 75 og 76).
- 36 Det bør ligeledes præciseres, at det ikke tilkommer Domstolen at foretage en konkret bedømmelse af de transaktioner, som er omtvistet i hovedsagen. Domstolens rolle begrænser sig til at forsyne den nationale retsinstans med en fortolkning af EU-retten, der kan være den pågældende retsinstans til nytte i forbindelse med afgørelsen af den tvist, der er indbragt for den. (jf. Parking Brixen-dommen, præmis 32). Den konkrete bedømmelse af kontrakten henhører under den nationale rets kompetence, og den nationale ret skal undersøge, om de konstaterede omstændigheder svarer til de generelle kriterier fastlagt af Domstolen.
- 37 Det bemærkes herved, at risikoen ved en økonomisk udnyttelse af tjenesteydelsen må forstås som risikoen for at blive udsat for de risici, der findes på markedet (jf. i denne retning Eurawasserdommen, præmis 66 og 67), som kan bestå i risikoen for konkurrence fra andre erhvervsdrivende, risikoen for, at udbuddet af tjenesteydelserne ikke opfylder efterspørgslen, risikoen for, at debitorerne ikke vil være i stand til at betale for de præsterede ydelser, risikoen for, at alle udgifterne i forbindelse med driften af tjenesteydelsen ikke vil blive dækket ved indtægterne, eller risikoen for erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrækkelig præstation af tjenesteydelsen

(jf. i denne retning dom af 27.10.2005, sag C-234/03, Contse m.fl., Sml. I, s. 9315, præmis 22, og dommen i sagen Hans & Christophorus Oymanns, præmis 74).

- 38 Derimod er risici forbundet med den erhvervsdrivendes dårlige forvaltning eller urigtige skøn ikke afgørende for kvalificeringen af en kontrakt som en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, idet sådanne risici er en uadskillelig del af enhver kontrakt, hvad enten der er tale om en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.
- 39 I hovedsagen bemærkes for det første, at vederlaget ikke ensidigt fastsættes af leverandøren af redningstjenesteydelserne, men ved en aftale med socialsikringsinstitutionerne på grundlag af forhandlinger, som skal finde sted årligt. Disse forhandlinger, hvis resultater kun delvist kan forudses, indebærer en risiko for, at tjenesteyderen udsættes for begrænsninger under kontraktens løbetid. Disse begrænsninger kan navnlig følge af behovet for at indgå kompromisser under forhandlingerne eller voldgiftsproceduren med hensyn til størrelsen af vederlaget.
- 40 Henset til den omstændighed, som påpeget af den foreliggende ret selv, at socialsikringsinstitutionerne, med hvilke den valgte tjenesteyder har pligt til at føre forhandlinger, på grund af deres lovbestemte forpligtelser tillægger fastlæggelsen af så lave vederlag som muligt vægt, bærer nævnte tjenesteyder således risikoen for, at nævnte vederlag ikke er tilstrækkelige til at dække samtlige driftsomkostninger.
- 41 Tjenesteyderen kan ikke sikre sig mod sådanne eventualiteter ved at give afkald på driften af sin virksomhed, for det første fordi de investeringer, som den har gennemført, ikke vil blive afskrevet, og for det andet fordi den vil kunne udsættes for de juridiske konsekvenser af sin beslutning om at ophæve kontrakten før tid. Under alle

omstændigheder har en virksomhed, der har specialiseret sig i redningstjenesteydelser, kun en begrænset fleksibilitet på transportmarkedet.

- 42 For det andet fremgår det af den bayerske lov, at den ikke garanterer en fuldstændig dækning af den erhvervsdrivendes omkostninger.
- 43 Hvis den erhvervsdrivendes reelle omkostninger i løbet af en given periode overstiger de forventede omkostninger, som har dannet grundlag for beregningen af vederlaget, kan der opstå en tabssituation for den erhvervsdrivende, som kan være nødsaget til at sikre sig en forfinansiering ved egne midler. Det er et faktum, at efterspørgslen efter redningstjenesteydelser er svingende.
- 44 Desuden bemærkes, at i tilfælde af forskel mellem de reelle omkostninger og de forventede omkostninger, som socialsikringsinstitutionerne har godkendt, er resultatet af regnskabsaflæggelsen alene genstand for efterfølgende forhandlinger, hvilket ikke forpligter socialsikringsinstitutionerne til at kompensere for et eventuelt underskud i løbet af det efterfølgende år, og således ikke indebærer nogen garanti for en fuldstændig kompensation.
- 45 Det bør tilføjes, at hvis omkostningerne betragtes som fastsat i budgettet, kan et positivt eller negativt resultat for virksomheden ikke overføres til det følgende regnskabsår.
- 46 For det tredje udsættes den valgte tjenesteyder i et vist omfang for risikoen for, at debitorerne ikke betaler vederlaget. Det er korrekt, at størstedelen af brugerne af tjenesteydelserne er forsikrede af socialsikringsinstitutionerne, men en ikke ubetydelig del af brugerne er ikke-forsikrede personer eller privatforsikrede personer. Selv om det centrale afregningskontor teknisk står for inddrivelsen af skyldige beløb hos

sidstnævnte, påtager det sig ikke ansvaret for gælden for ikke-forsikrede eller privatforsikrede personer, ligesom det heller ikke garanterer, at disse personer reelt betaler vederlaget. Det fremgår af de oplysninger, der er forelagt Domstolen, at dette centrale kontor ikke råder over de beføjelser, der tilkommer en offentlig myndighed.

- 47 Endelig bemærkes, at ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret udelukker den bayerske lov ikke, at flere erhvervsdrivende opnår tilladelse til at præstere deres ydelser i samme zone. Således har den kommunale sammenslutning i Passau i hovedsagen indgået kontrakter med to tjenesteydere.
- 48 De forelagte spørgsmål skal derfor besvares med, at når den valgte erhvervsdrivendes vederlag fuldt ud betales af andre personer end den ordregivende myndighed, som har tildelt kontrakten vedrørende redningstjenesteydelserne, og denne erhvervsdrivende bærer en om end begrænset driftsrisiko, navnlig fordi størrelsen af det omhandlede vederlag afhænger af resultatet af de årlige forhandlinger med tredjemænd, og den pågældende ikke er sikret fuldstændig dækning af omkostningerne ved driften af sine aktiviteter ifølge principperne fastsat i national ret, skal nævnte kontrakt kvalificeres som en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18.
- 49 Det tilføjes desuden, at selv om koncessionskontrakter om tjenesteydelser på EU-retens nuværende udviklingstrin ikke er omfattet af nogen af de direktiver, der er vedtaget af EU-lovgiver med henblik på regulering af området for offentlige kontrakter, skal de offentlige myndigheder, der indgår sådanne kontrakter, imidlertid overholde EUF-traktatens grundlæggende regler, herunder især artikel 49 TEUF og 56 TEUF, samt den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, hvis — hvilket det tilkommer den forelæggende ret at vurdere — den omhandlede kontrakt frembyder en klar grænseoverskridende interesse (jf. i denne retning dom af 13.4.2010, sag C-91/08, Wall, Sml. I, s. 2815, præmis 33 og 34 og den deri nævnte retspraksis).

Sagens omkostninger

- 50 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

Artikel 1, stk. 2, litra d), og stk. 4 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at når den valgte erhvervsdrivendes vederlag fuldt ud betales af andre personer end den ordregivende myndighed, som har tildelt kontrakten vedrørende redningstjenesteydelserne, og denne erhvervsdrivende bærer en om end begrænset driftsrisiko, navnlig fordi størrelsen af det omhandlede vederlag afhænger af resultatet af de årlige forhandlinger med tredjemænd, og den pågældende ikke er sikret fuldstændig dækning af omkostningerne ved driften af sine aktiviteter ifølge principperne fastsat i national ret, skal nævnte kontrakt kvalificeres som en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 1, stk. 4, i dette direktiv.

Underskrifter