

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

10 maart 2011\*

In zaak C-274/09,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Oberlandesgericht München (Duitsland) bij beslissing van 2 juli 2009, ingekomen bij het Hof op 20 juli 2009, in de procedure

**Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler**

tegen

**Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,**

in tegenwoordigheid van:

**Malteser Hilfsdienst eV,**

**Bayerisches Rotes Kreuz,**

\* Proceestaal: Duits.

wijst

HET HOF (Derde kamer),

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

advocaat-generaal: J. Mazák,  
griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 24 juni 2010,

gelet op de opmerkingen van:

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

- de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Möller als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek als gemachtigde,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door S. Johannesson als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Zadra en G. Wilms als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 september 2010,

het navolgende

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, leden 2, sub a en d, en 4, 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 (PB L 134, blz. 114).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (hierna: „ambulancedienst Stadler”) en Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (gemeentelijk samenwerkingsverband voor de dienst voor medische spoedhulp en brandalarmering te Passau; hierna: „gemeentelijk samenwerkingsverband Passau”) over de sluiting van

overeenkomsten inzake het verrichten van diensten op het gebied van diensten van medische spoedhulp. Partijen zijn het er met name over oneens of deze overeenkomsten als „opdrachten voor diensten” dan wel als „concessieovereenkomsten voor diensten” moeten worden gekwalificeerd.

## **Toepasselijke bepalingen**

### *Unieregeling*

3 Artikel 1 van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„[...]

2. 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.

[...]

4. De ‚concessieovereenkomst voor diensten‘ is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

[...]”

### *Nationale regeling*

- 4 Het Bayerische Rettungsdienstgesetz (Beierse wet op de dienst voor medische spoedhulp; hierna: „BayRDG”) is per 1 januari 2009 in werking getreden. De voor de onderhavige zaak relevante bepalingen hiervan zijn de volgende.

### *„Artikel 1*

#### Voorwerp en doel

Deze wet regelt dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts, ziekenvervoer, reddingswerkzaamheden in bergen en grotten, alsook op het water (dienst van medische spoedhulp). De gebiedsdekkende voorziening van diensten van medische spoedhulp is een publieke taak en dient door een publieke dienst voor medische spoedhulp te worden gewaarborgd. [...]

[...]

*Artikel 4*

Met uitvoering belaste lichamen

(1) De Landkreise [districten] en gemeenten die niet onder een Landkreis ressorteren, dienen overeenkomstig deze wet de publieke dienst voor medische spoedhulp te verzekeren in sectoren voor diensten van medische spoedhulp. [...]

(2) Na raadpleging van de betrokken gemeentelijke overkoepelende organisaties stelt de hoogste instantie voor de dienst voor medische spoedhulp bij uitvoeringsbesluit de sectoren voor diensten van medische spoedhulp zodanig vast, dat de dienst van medische spoedhulp op doeltreffende en economisch verantwoorde wijze kan worden uitgevoerd.

(3) De in dezelfde sector voor diensten van medische spoedhulp gelegen Landkreise en gemeenten die niet onder een Landkreis ressorteren, vervullen de hun krachtens deze wet opgedragen taken samen met een gemeentelijk samenwerkingsverband voor de dienst voor medische spoedhulp en brandalarmering.

[...]

*Artikel 13*

Opdragen van dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer

(1) Het gemeentelijk samenwerkingsverband voor de dienst voor medische spoedhulp en brandalarmering draagt de uitvoering van dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer te land op aan

1. het Bayerische Rote Kreuz
  
2. de Arbeiter-Samariter-Bund
  
3. de Malteser-Hilfsdienst
  
4. de Johanniter-Unfall-Hilfe of
  
5. vergelijkbare hulporganisaties.

[...]

(2) Voor zover de hulporganisaties niet bereid of in staat zijn om de opdracht aan te nemen, draagt het gemeentelijk samenwerkingsverband voor de dienst voor medische spoedhulp en brandalarmering de verlening van diensten van medische spoedhulp te land op aan derden of voert deze zelf of via zijn leden uit.

(3) Het gemeentelijk samenwerkingsverband voor de dienst voor medische spoedhulp en brandalarmering beslist na zorgvuldige afweging naar goeddunken over de selectie van de uitvoerder en de omvang van de opdracht. Het selectiebesluit is transparant en dient aan objectieve criteria te beantwoorden. Het gemeentelijk samenwerkingsverband voor de dienst voor medische spoedhulp en brandalarmering dient het te nemen selectiebesluit op passende wijze bekend te maken, zodat geïnteresseerde dienstverleners zich kunnen aanmelden.

(4) De rechtsverhouding tussen het gemeentelijk samenwerkingsverband voor de dienst voor medische spoedhulp en brandalarmering en de met de uitvoering van de dienst van medische spoedhulp belaste uitvoerder wordt geregeld bij publiekrechtelijke overeenkomst.

[...]

## *Artikel 21*

### Vergunningsplicht

(1) Voor de verrichting van dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts of ziekenvervoer is een vergunning vereist.

[...]



*Artikel 24*

Voorwaarden voor vergunning

[...]

(2) De vergunning voor dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts of ziekenvervoer in het kader van de publieke dienst van medische spoedhulp dient te worden verstrekt wanneer [...] een publiekrechtelijke overeenkomst overeenkomstig artikel 13, lid 4 [...] wordt overgelegd.

[...]

(4) De vergunning voor ziekenvervoer buiten de publieke dienst van medische spoedhulp om dient te worden geweigerd wanneer valt te verwachten dat door het gebruik hiervan het openbaar belang bij een goed functionerende dienst voor medische spoedhulp [...] wordt geschaad.

[...]

*Artikel 32*

Heffing en grondslag van vergoedingen voor gebruik

Voor de verlening van diensten van medische spoedhulp, inclusief de medewerking van artsen, zijn gebruiksvergoedingen verschuldigd. De gebruiksvergoedingen dienen te worden gebaseerd op de kosten die op basis van bedrijfseconomische beginselen kunnen worden geraamd en samengaan met een behoorlijke dienstverlening, een economische en kostenefficiënte bedrijfsvoering alsook een doelmatige organisatie. [...]

[...]

*Artikel 34*

Gebruiksvergoedingen voor uitvoerders van dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer

[...]

(2) De socialezekerheidsorganen komen met de uitvoerders van de diensten van medische spoedhulp of hun organisaties op deelstaatniveau op uniforme wijze de gebruiksvergoedingen overeen die zij moeten betalen voor dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer. [...]

(3) De overeenkomst inzake de gebruiksvergoeding wordt jaarlijks op voorhand afgesloten. [...]

(4) De kosten van dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer worden volgens uniforme criteria verdeeld over de gebruikers. De uitvoerders dienen de met de socialezekerheidsorganen overeengekomen gebruiksvergoedingen ook in rekening te brengen aan alle andere personen en instellingen die een beroep doen op de diensten van de publieke dienst voor medische spoedhulp.

(5) De gebruiksvergoedingen worden telkens gebaseerd op de vermoedelijke kosten van het verrichten van diensten op het gebied van dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer, die overeenkomstig artikel 32, tweede volzin, in aanmerking kunnen worden genomen, alsmede op het vermoedelijke aantal interventies binnen de interventieperiode. Onder de kosten voor het verrichten van de diensten vallen met name ook de kosten voor medewerking van artsen bij de dienst voor medische spoedhulp [...] alsmede de kosten voor de werkzaamheden van het in lid 8 bedoelde centrale betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp in Beieren. De socialezekerheidsorganen komen telkens apart met elke uitvoerder, de beheerders van de geïntegreerde centrales alsook het centrale betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp in Beieren hun vermoedelijke kosten in het vergoedingstijdvak overeen. Er kan worden overeengekomen dat de kosten als budget worden beschouwd.

(6) Indien uiterlijk op 30 november van het boekjaar voorafgaand aan het vergoedingstijdvak geen overeenkomst over de gebruiksvergoeding volgens lid 2 of geen overeenkomst op basis van lid 5 tot stand komt, wordt over de hoogte van de vermoedelijke kosten en de gebruiksvergoedingen een arbitrageprocedure gevoerd bij de arbitragecommissie voor vergoedingen. [...] De gebruiksvergoedingen worden niet met terugwerkende kracht aangepast.

(7) De vergoedingen die zijn ontvangen voor dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer, dienen ter dekking van de vermoedelijke kosten die zijn overeengekomen met de socialezekerheidsorganen of die bindend zijn vastgesteld (compensatie van inkomsten). Na afloop van een vergoedingstijdvak dienen iedere uitvoerder, iedere beheerder van een geïntegreerde centrale en het centrale betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp in Beieren in een definitieve afrekening de daadwerkelijk gemaakte kosten aan te tonen en af te zetten tegen die in de kostenovereenkomst (financiële verantwoording). Bij een verschil tussen de werkelijke kosten en de vermoedelijke kosten die de socialezekerheidsorganen voor de kostenovereenkomst hadden erkend, moet het resultaat van de financiële verantwoording op de agenda van de eerstvolgende onderhandelingen over de vergoedingen worden geplaatst; dit resultaat kan niet worden overgedragen indien is overeengekomen dat de kosten van de uitvoerder [...] of het centrale betalingsorgaan [...] als budget worden beschouwd.

(8) Voor de uitvoering van de leden 2 tot en met 7 en artikel 35 wordt een centraal betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp in Beieren ingesteld, dat met name

1. adviseert bij de overeenkomst over de gebruiksvergoedingen bedoeld in lid 2 en bij de overeenkomsten bedoeld in lid 5;

2. op basis van de vermoedelijke kosten van de betrokkenen en het te verwachten aantal interventies van de publieke dienst voor medische spoedhulp een berekening maakt van de noodzakelijke gebruiksvergoedingen en deze ter bereiking van een overeenkomst voorlegt aan de betrokkenen; dit geldt tevens voor de noodzakelijke aanpassing van de gebruiksvergoedingen tijdens het lopende boekjaar;

3. de vergoedingen voor het gebruik van de diensten van de publieke dienst voor medische spoedhulp [...] incasseert bij hen die verplicht zijn de kosten te betalen;

4. de compensatie van inkomsten verricht [...];
  
5. betalingen met betrekking tot de kosten voor de dienstverlening aan de uitvoerders van de dienst van medische spoedhulp [...] verricht;
  
6. controleert of de financiële verantwoording van de uitvoerders [...] plausibel en rekenkundig juist is, en
  
7. een gecontroleerde definitieve eindafrekening opstelt voor de publieke dienst voor medische spoedhulp.

Het centrale betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp in Beieren verricht zijn diensten dienaangaande zonder winstoogmerk. Alle betrokkenen zijn verplicht het centrale betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp in Beieren bij de uitvoering van zijn taken te ondersteunen en hem de hiervoor benodigde informatie en schriftelijke stukken te verstrekken.

[...]

*Artikel 48*

Arbitragecommissies

[...]

(3) De arbitragecommissie voor vergoedingen bestaat behalve uit de voorzitter:

1. bij geschillen inzake vergoedingen voor het gebruik van medische spoedhulp te land uit drie leden namens de uitvoerders van de medische spoedhulp te land en drie leden namens de socialezekerheidsorganen [...]

[...]

(5) De voorzitter van de arbitragecommissie voor vergoedingen en zijn plaatsvervanger worden benoemd door de uitvoerders van de publieke dienst van medische spoedhulp, de vereniging van fondsartsen van Beieren, degenen die de aanwezigheid moeten verzekeren van artsen die het vervoer van patiënten begeleiden, en de socialezekerheidsorganen tezamen.

#### *Artikel 49*

Bevoegde instanties voor dienst voor medische spoedhulp

(1) De bevoegde instanties voor de uitvoering van deze wet [...] zijn:

1. het Beierse ministerie van Binnenlandse zaken als hoogste bevoegde instantie voor de dienst voor medische spoedhulp [...]

[...]

## *Artikel 53*

### Bestuursrechtelijke bepalingen

(1) De hoogste bevoegde instantie voor de dienst voor medische spoedhulp kan bij uitvoeringsbesluit:

[...]

11. het centrale betalingsorgaan voor de dienst voor medische spoedhulp in Beieren aanwijzen [...]

[...]”

### **Hoofddeding en prejudiciële vragen**

- 5 Ambulancedienst Stadler heeft voor het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau in Beieren diensten van medische spoedhulp uitgevoerd tot en met 31 december 2008, toen de tussen hen afgesloten overeenkomsten werden opgezegd. Hij heeft de geldigheid van die opzegging aangevochten voor het Verwaltungsgericht en in kort geding voortzetting van de overeenkomst gevorderd tot de uitspraak in het hoofddeding. Al zijn vorderingen zijn afgewezen.

- 6 Tijdens die procedures heeft het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau verklaard voornemens te zijn, zonder voorafgaande aanbesteding andere ondernemingen in eerste instantie op basis van tijdelijke overeenkomsten opdracht te geven voor de uitvoering van diensten van medische spoedhulp en vervolgens over te gaan tot de definitieve gunning in het kader van een selectieprocedure voorzien in artikel 13, lid 3, BayRDG.
- 7 Het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau is tijdelijke overeenkomsten aangegaan met de Malteser Hilfsdienst eV en het Bayerische Rote Kreuz.
- 8 Ambulancedienst Stadler is bij brief van 17 december 2008 opgekomen tegen de door het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau gevolgde procedure en heeft beroep ingesteld bij de Vergabekammer (kamer voor de plaatsing van overheidsopdrachten), die zijn beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard.
- 9 Ambulancedienst Stadler is daarop van dit besluit in hoger beroep gekomen bij het Oberlandesgericht München.
- 10 Volgens de verwijzende rechter is de procedure bedoeld om na te gaan of de litigieuze dienstverrichtingen in Beieren als „concessieovereenkomst voor diensten” dan wel als „opdracht voor diensten” moeten worden gekwalificeerd, en wat de rechtsgevolgen van deze kwalificatie zijn. Die kwalificatie hangt af van de uitlegging van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18, dat een definitie geeft van het begrip „concessieovereenkomst voor diensten”.
- 11 Op het grondgebied van Passau worden overeenkomsten inzake het verlenen van diensten van medische spoedhulp aan de bevolking volgens het zogeheten „Konzessionsmodell” gesloten tussen een aanbestedende dienst, het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau, en een dienstverrichter.



- 12 De hoogte van de vergoedingen die zijn voorzien voor deze verlening van diensten van medische spoedhulp wordt overeengekomen tussen het socialezekerheidsorgaan en de gekozen dienstverrichter. Volgens artikel 32, tweede volzin, BayRDG dienen de vergoedingen te worden berekend op basis van de kosten die op grond van bedrijfs-economische beginselen kunnen worden geraamd en samengaan met een behoorlijke dienstverlening, een economische en kostenefficiënte bedrijfsvoering alsook een doelmatige organisatie van de dienst. De vergoedingen die zijn ontvangen voor dringende hulp, patiëntentransport onder begeleiding van een arts en ziekenvervoer, dienen ter dekking van de vermoedelijke kosten die zijn overeengekomen. Zijn het socialezekerheidsorgaan en de dienstverrichter het niet eens over de hoogte van de vergoedingen, dan kan een arbitragecommissie worden ingeschakeld waarvan de beslissingen kunnen worden aangevochten bij de bestuursrechter.
- 13 De gekozen dienstverrichter ontvangt zijn vergoedingen van een door het Beierse ministerie van Binnenlandse zaken aangewezen centraal betalingsorgaan, van de diensten waarvan hij volgens de wet verplicht is gebruik te maken. Dit orgaan keert de dienstverrichter een vergoeding in wekelijkse of maandelijke deelbetalingen uit, op basis van een totale vergoeding per jaar die vooraf wordt berekend los van het aantal werkelijke interventies. Doet zich aan het einde van het jaar een dekkingstekort voor, dan zal dit bij de volgende onderhandelingen aan de orde worden gesteld.
- 14 Particulier verzekerden en niet-verzekerden, die volgens de verwijzingsbeslissing 10% van de debiteuren uitmaken, dienen dezelfde gebruiksvergoeding te betalen als degenen die verplicht zijn verzekerd.
- 15 De verwijzende rechter beklemtoont dat er in Duitsland een alternatief model voor verlening van diensten van medische spoedhulp bestaat, het zogeheten „Submissionsmodell”. In sommige deelstaten, zoals Saksen, ontvangen de dienstverrichters de vergoeding rechtstreeks van de aanbestedende dienst die verantwoordelijk is voor de diensten van medische spoedhulp. De voor de medische spoedhulp verantwoordelijke overheidsdiensten komen die vergoeding overeen in het kader van onderhandelingen met de socialezekerheidsorganen en keren die vervolgens uit aan de verrichters van

diensten van medische spoedhulp. Dit model is reeds door het Bundesgerichtshof als opdracht van diensten gekwalificeerd.

- 16 De verschillen tussen het „Submissionsmodell” van deelstaten als Saksen en het „Konzessionsmodell” van deelstaten als Beieren zijn gelegen in het feit dat in eerstbedoeld geval over de wettelijk voorziene gebruiksvergoedingen tussen de voor de diensten van medische spoedhulp verantwoordelijke aanbestedende dienst en een andere aanbestedende dienst (het socialezekerheidsorgaan) wordt onderhandeld en de dienstverrichter daaraan is gebonden, terwijl in laatstbedoeld geval de dienstverrichter de hoogte van de gebruiksvergoeding overeenkomt met een andere aanbestedende dienst (het socialezekerheidsorgaan).
- 17 Derhalve ziet de verwijzende rechter zich voor de vraag gesteld of alleen de keuze van een andere onderhandelingsmethode ertoe kan leiden dat in het ene geval de dienst van medische spoedhulp moet worden aanbesteed als opdracht voor diensten in de zin van richtlijn 2004/18, en dat in het andere geval de toepassing van de regels voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor diensten zou kunnen worden vermeden op grond dat het bij de overeenkomst om een concessieovereenkomst voor diensten gaat.
- 18 Voorts wordt volgens de verwijzende rechter overeenkomstig de rechtspraak van het Hof een concessieovereenkomst voor openbare diensten in geval van vergoeding door een derde gekenmerkt door het vereiste dat de opdrachtnemer het exploitatierisico van de betrokken diensten op zich neemt. Wanneer derhalve ervan wordt uitgegaan dat het criterium dat eigenlijk bepalend is voor de afbakening tussen een concessie voor diensten en een opdracht voor diensten, ligt in het feit dat de opdrachtnemer een economisch risico op zich neemt, rijst de vraag of de overname van een risico van welke aard dan ook volstaat, wanneer alleen het volledige risico wordt overgenomen dat anders bij de aanbestedende dienst rust.

19 Deze afbakening is des te hachelijker nu, zoals de verwijzende rechter doet uitkomen, in het geval van het „Konzessionsmodell” de dienstverrichter slechts een beperkt economisch risico hoeft te dragen.

20 Daarop heeft het Oberlandesgericht München de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moet een overeenkomst inzake het verrichten van diensten (in casu diensten van medische spoedhulp), volgens welke de opdrachtnemer geen rechtstreekse vergoeding van de aanbestedende dienst ontvangt, maar

- a) de vergoeding voor het gebruik van de te verrichten diensten wordt bepaald middels onderhandelingen tussen de opdrachtnemer en derden, die eveneens aanbestedende diensten zijn (in casu socialezekerheidsorganen),
  
- b) bij gebreke van overeenstemming is voorzien in de beslissing van een speciaal hiervoor opgerichte arbitragecommissie, waarvan de beslissing door een nationale rechter wordt getoetst, en
  
- c) de vergoeding niet rechtstreeks door de gebruiker aan de opdrachtnemer wordt uitbetaald, maar in regelmatige deelbetalingen door een centraal betalingsorgaan, waarop de opdrachtnemer wettelijk een beroep dient te doen,

alleen om deze reden worden beschouwd als een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18, en niet als een overheidsopdracht voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, sub a en d, van de richtlijn?

- 2) Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord, is er dan sprake van een concessieovereenkomst voor diensten, wanneer het met de openbare dienstverlening verbonden exploitatierisico beperkt is, omdat
- a) de vergoedingen voor het gebruik van de verrichte diensten volgens een wettelijke regeling moeten worden gebaseerd op de kosten die op grond van bedrijfseconomische beginselen kunnen worden geraamd en samengaan met een behoorlijke dienstverlening, een economische en kostenefficiënte bedrijfsvoering alsook een doelmatige organisatie, en
  - b) de vergoedingen voor het gebruik verschuldigd zijn door solvente socialezekerheidsorganen,
  - c) een zekere exclusiviteit met betrekking tot de exploitatie in het contractueel vastgelegde gebied is gewaarborgd,

maar de opdrachtnemer dit beperkte risico volledig op zich neemt?"

### **Beantwoording van de prejudiciële vragen**

- <sup>21</sup> Aangezien de twee door de verwijzende rechter gestelde vragen verband met elkaar houden, moeten zij gezamenlijk worden onderzocht.
- <sup>22</sup> Vooraf moet worden opgemerkt dat de door het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau aangegane overeenkomsten voor de verlening van diensten van medische spoedhulp aan de bevolking zijn gesloten volgens het zogeheten „Konzessionsmodell”. Dit aanbestedingsmodel onderscheidt zich van het zogeheten „Submissionsmodell”, dat een wijze van aanbesteding van een overheidsopdracht voor diensten

vormt (zie in die zin arrest van 29 april 2010, Commissie/Duitsland, C-160/08, Jurispr. blz. I-3713, punt 131), doordat bij het „Konzessionsmodell” de vergoeding niet geschiedt door de aanbestedende dienst, maar wordt betaald uit de bedragen die via een centraal betalingsorgaan van de gebruikers van de dienst worden geheven. De vergoedingen voor het gebruik van de dienst worden overeengekomen tussen het socialezekerheidsorgaan en de door het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau gekozen dienstverrichter.

- 23 In dit verband moet meteen erop worden gewezen dat de vraag of er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dan wel van een overheidsopdracht voor diensten, uitsluitend op basis van het Unierecht dient te worden beoordeeld (zie met name arresten van 18 juli 2007, Commissie/Italië, C-382/05, Jurispr. blz. I-6657, punt 31, en 15 oktober 2009, Acoset, C-196/08, Jurispr. blz. I-9913, punt 38).
- 24 Uit de vergelijking van de definities van overheidsopdracht voor diensten en concessieovereenkomst voor diensten die respectievelijk worden gegeven in lid 2, sub a en d, en lid 4 van artikel 1 van richtlijn 2004/18, volgt dat het verschil tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die, ook al is dit niet de enige tegenprestatie, door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald (zie in die zin arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 39, en arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punten 33 en 40), terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs (zie in die zin arrest van 10 september 2009, Eurawasser, C-206/08, Jurispr. blz. I-8377, punt 51).
- 25 In geval van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten voldoet de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, aan het door artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18 voorgeschreven vereiste van een tegenprestatie (zie arrest Eurawasser, reeds aangehaald, punt 57).

- 26 Ook al is de wijze van vergoeding dus een van de factoren die bepalend zijn voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten, uit de rechtspraak volgt voorts dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt, en dat de omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, erop duidt dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en niet een concessieovereenkomst voor diensten (arrest Eurawasser, reeds aangehaald, punten 59 en 68 alsmede aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 In de zaak in het hoofdgeding blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de verrichter van diensten van medische spoedhulp niet wordt vergoed door de aanbestedende dienst die de betrokken opdracht heeft gegund, maar uit de gebruiksvergoedingen die hij volgens het BayRDG mag heffen van de socialezekerheidsorganen waarvan de verzekeren gebruik hebben gemaakt van de diensten van medische spoedhulp of ook van de particulier verzekerden en niet-verzekerden ten behoeve van wie dergelijke diensten zijn verricht.
- 28 Hieraan doet niet af dat de hoogte van de gebruiksvergoedingen niet eenzijdig wordt vastgesteld door de verrichter van diensten van medische spoedhulp, maar bij wege van overeenkomst met de socialezekerheidsorganen die zelf de hoedanigheid van aanbestedende dienst hebben (zie in die zin arrest van 11 juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Jurispr. blz. I-4779, punten 40-59), en dat die vergoedingen niet rechtstreeks door de gebruikers van die diensten aan de gekozen dienstverrichter worden betaald, maar in regelmatige deelbetalingen worden uitgekeerd door een centraal betalingsorgaan dat die vergoedingen moet innen en uitbetalen. Dit neemt namelijk niet weg dat alle vergoedingen van de dienstverrichter afkomstig zijn van andere subjecten dan de aanbestedende dienst die hem de opdracht heeft gegund.
- 29 In een zaak als die in het hoofdgeding moet voor de conclusie dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18, nog worden nagegaan of de overeengekomen wijze van vergoeding bestaat in het recht van de dienstverrichter om een dienst te exploiteren en impliceert dat deze het aan de exploitatie van de betrokken dienst verbonden risico draagt. Dit risico

kan weliswaar van meet aan erg beperkt zijn, maar voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder (zie in die zin arrest Eurawasser, reeds aangehaald, punten 77 en 80).

- 30 In de zaak in het hoofdgeding heeft het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau overeenkomstig artikel 4, lid 1, BayRDG voor meerdere jaren aan de gekozen dienstverrichters de gehele technische, administratieve en financiële uitvoering overgedragen van de verlening van diensten van medische spoedhulp waarmee het was belast.
- 31 De gekozen dienstverrichters dienen derhalve onder de bij de overeenkomst en het BayRDG vastgelegde voorwaarden zorg te dragen voor de dienst voor medische spoedhulp in het administratieve district van het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau.
- 32 Ambulancedienst Stadler betwist de stelling dat het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau via deze transactie eveneens een exploitatierisico van de betrokken diensten op de gekozen dienstverrichters heeft overgedragen.
- 33 In dit verband moet worden opgemerkt dat wanneer de vergoeding van de dienstverrichter uitsluitend van derden afkomstig is, het voor de conclusie dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten volstaat dat de aanbestedende dienst een „erg beperkt” exploitatierisico overdraagt (zie arrest Eurawasser, reeds aangehaald, punt 77).
- 34 Het is namelijk gebruikelijk dat voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut, zoals die in de zaak in het hoofdgeding, regelingen gelden die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben. In het bijzonder moet het te goeder trouw handelende

aanbestedende diensten blijven vrijstaan om de dienstverrichting door middel van een concessie te verzekeren wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren, zelfs wanneer het aan de exploitatie verbonden risico erg beperkt is (arrest Eurawasser, reeds aangehaald, punten 72 en 74).

- 35 In dergelijke sectoren hebben de aanbestedende diensten geen enkele invloed op de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd en derhalve op de omvang van het over te dragen risico, en het zou voorts niet redelijk zijn om van een concessieverlenende overheidsinstantie te verlangen dat zij strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico in het leven roept dan die waarvan op grond van de voor de betrokken sector geldende regeling in die sector sprake is (zie arrest Eurawasser, reeds aangehaald, punten 75 en 76).
- 36 Tevens zij gepreciseerd dat het niet aan het Hof staat, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie concreet te kwalificeren. De rol van het Hof is beperkt tot het verstrekken van een nuttige uitlegging van het Unierecht aan de nationale rechter, zodat hij in de bij hem aangebrachte zaak uitspraak kan doen (zie arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 32). Voor de concrete kwalificatie van de overeenkomst is de nationale rechter bevoegd, die moet nagaan of de vastgestelde omstandigheden beantwoorden aan de door het Hof vastgestelde algemene criteria.
- 37 In dit verband moet worden opgemerkt dat het economische exploitatierisico van de dienst moet worden opgevat als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt (zie in die zin arrest Eurawasser, reeds aangehaald, punten 66 en 67), dat zijn neerslag kan vinden in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt of ook het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening (zie in die zin



arrest van 27 oktober 2005, *Contse e.a.*, C-234/03, *Jurispr.* blz. I-9315, punt 22, en arrest *Hans & Christophorus Oymanns*, reeds aangehaald, punt 74).

- 38 Daarentegen zijn risico's als die welke zijn verbonden aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer niet bepalend voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht voor diensten of als concessieovereenkomst voor diensten, nu dergelijke risico's immers inherent zijn aan elke overeenkomst, ongeacht of het daarbij gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een concessieovereenkomst voor diensten.
- 39 In de zaak in het hoofdgeding moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de gebruiksvergoedingen niet eenzijdig worden vastgesteld door de verrichter van diensten van medische spoedhulp, maar bij wege van overeenkomst met de socialezekerheidsorganen op de grondslag van jaarlijks te voeren onderhandelingen. Deze onderhandelingen, waarvan de uitkomsten slechts gedeeltelijk voorspelbaar zijn, bergen het risico in zich dat de dienstverrichter het hoofd moet bieden aan verplichtingen die gedurende de looptijd van de overeenkomst worden opgelegd. Deze verplichtingen kunnen onder meer voortvloeien uit de noodzaak om tijdens de onderhandelingen compromissen te sluiten of uit de arbitrageprocedure over de hoogte van de gebruiksvergoedingen.
- 40 Gezien het feit dat, zoals de verwijzende rechter zelf beklemtoont, de socialezekerheidsorganen waarmee de gekozen dienstverrichter die onderhandelingen moet voeren, gelet op hun wettelijke verplichtingen, belang eraan hechten dat de gebruiksvergoedingen zo laag mogelijk worden vastgesteld, loopt die dienstverrichter aldus het gevaar dat deze vergoedingen niet volstaan ter dekking van al zijn exploitatiekosten.
- 41 De dienstverrichter kan zich tegen dergelijke eventualiteiten niet wapenen door ervan af te zien zijn werkzaamheid voort te zetten, aangezien de door hem gedane investeringen niet zouden worden terugverdiend en hij voorts te maken kan krijgen met de juridische gevolgen van zijn beslissing om de overeenkomst voortijdig op te

zeggen. Hoe dan ook is een in diensten van medische spoedhulp gespecialiseerde onderneming slechts in beperkte mate flexibel op de vervoermarkt.

- 42 In de tweede plaats volgt uit het BayRDG dat deze wet niet de volledige dekking van de kosten van de marktdeelnemer garandeert.
- 43 Overschrijden de werkelijke kosten van de marktdeelnemer in de loop van een bepaalde periode de vermoedelijke kosten die ten grondslag zijn gelegd aan de berekening van de gebruiksvergoedingen, dan kan die marktdeelnemer worden geconfronteerd met een situatie waarin hij verlies draait en worden genoodzaakt om uit eigen middelen voor voorfinanciering te zorgen. Feit is dat de vraag naar diensten van medische spoedhulp aan fluctuaties onderhevig kan zijn.
- 44 Voorts wordt bij een verschil tussen de werkelijke kosten en de door de socialezekerheidsorganen erkende vermoedelijke kosten het resultaat van de financiële verantwoording enkel op de agenda van de eerstvolgende onderhandelingen geplaatst, wat de socialezekerheidsorganen niet ertoe verplicht een eventueel tekort in de loop van het daaropvolgende jaar aan te zuiveren en dus geen garantie van volledige aanzuivering meebrengt.
- 45 Hieraan moet worden toegevoegd dat, zo de kosten als budget worden voorzien, het positieve of negatieve resultaat van de onderneming niet naar het volgende boekjaar kan worden overgedragen.
- 46 In de derde plaats wordt de gekozen dienstverrichter tot op zekere hoogte blootgesteld aan het debiteurenrisico wat de gebruiksvergoedingen betreft. Weliswaar is het overgrote deel van de gebruikers van de diensten via de socialezekerheidsorganen verzekerd, maar bij een niet te verwaarlozen aantal gebruikers gaat het om niet-verzekerden of particulier verzekerden. Hoewel het centrale betalingsorgaan technisch

gesproken de vorderingen bij laatstbedoelden int, neemt het noch de schulden van de niet-verzekerden of particulier verzekerden over en garandeert het evenmin dat deze de gebruiksvergoedingen werkelijk betalen. Uit de aan het Hof verschaft informatie blijkt dat dit centrale orgaan niet over de bevoegdheden van een overheidsinstantie beschikt.

- 47 In de laatste plaats moet worden opgemerkt dat volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens het BayRDG niet uitsluit dat het meerdere marktdeelnemers wordt toegestaan om in hetzelfde gebied hun diensten aan te bieden. Derhalve heeft het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau in de zaak in het hoofdgeding met twee dienstverrichters overeenkomsten gesloten.
- 48 Bijgevolg moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat wanneer de gekozen marktdeelnemer integraal wordt vergoed door andere subjecten dan de aanbestedende dienst die de overeenkomst inzake diensten van medische spoedhulp heeft gegend en die marktdeelnemer een, zij het erg beperkt, exploitatierisico loopt, in het bijzonder wegens het feit dat de hoogte van de gebruiksvergoedingen voor de betrokken diensten afhangt van de uitkomst van jaarlijkse onderhandelingen met derden en hij niet is verzekerd van integrale dekking van de kosten die worden gemaakt in het kader van het beheer van zijn werkzaamheden conform de naar nationaal recht geformuleerde beginselen, die overeenkomst moet worden gekwalificeerd als „concessieovereenkomst voor diensten” in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18.
- 49 Ook al vallen voorts in de huidige stand van het recht van de Unie concessieovereenkomsten voor diensten niet binnen de werkingssfeer van een van de richtlijnen waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld, de openbare autoriteiten die dergelijke overeenkomsten sluiten, dienen evenwel de fundamentele regels van het VWEU, met name de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting in acht te nemen, wanneer — wat de verwijzende rechter dient te beoordelen — de betrokken overeenkomst een zeker grensoverschrijdend belang vertoont (zie in die zin arrest van 13 april 2010, Wall, C-91/08, Jurispr. blz. I-2815, punten 33 en 34 alsmede aldaar aangehaalde rechtspraak).

## Kosten

- 50 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 1, leden 2, sub d, en 4, 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, moet aldus worden uitgelegd dat wanneer de gekozen marktdeelnemer integraal wordt vergoed door andere subjecten dan de aanbestedende dienst die de overeenkomst inzake diensten van medische spoedhulp heeft gegund en die marktdeelnemer een, zij het erg beperkt, exploitatierisico loopt, in het bijzonder wegens het feit dat de hoogte van de gebruiksvergoedingen voor de betrokken diensten afhangt van de uitkomst van jaarlijkse onderhandelingen met derden en hij niet is verzekerd van integrale dekking van de kosten die worden gemaakt in het kader van het beheer van zijn werkzaamheden conform de naar nationaal recht geformuleerde beginselen, die overeenkomst moet worden gekwalificeerd als „concessieovereenkomst voor diensten” in de zin van artikel 1, lid 4, van die richtlijn.**

ondertekeningen