

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 14 september 2006 ¹

I — Inledning

1. Detta mål om fördragsbrott gäller, i likhet med ett parallellt därmed inlett annat mål om fördragsbrott,² frågan vilka principer avseende insyn i upphandlingsförfaranden som kan utläsas av primärrätten. Det gäller särskilt frågan vilka skyldigheter i fråga om offentlig upphandling som kan härledas från de grundläggande friheterna och de allmänna rättsprinciperna, när kontrakt som inte omfattas av direktiven om offentlig upphandling (nedan kallade upphandlingsdirektiven) skall tilldelas. Slutligen är det fråga om tolkning och vidareutveckling av den rättspraxis som domstolen har utvecklat i domarna i målen *Telaustria*³ och *Coname*⁴.

offentlig upphandling av tjänster⁵ (nedan kallat direktiv 92/50) – numera ersatt av det så kallade lagstiftningspaketet – omfattar visserligen tilldelning av sådana räddningsinsatser (ambulanstransporter) som de i målet omtvistade vilka tillhandahålls av räddningstjänsten, dock endast när tjänsterna utförs på grund av ett skriftligt kontrakt.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapslagstiftningen*

2. Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid

3. Detta mål gäller i första hand friheten att tillhandahålla tjänster eller med andra ord artikel 49 EG.

¹ — Originalspråk: tyska.

² — Se mitt denna dag avgivna förslag till avgörande inför domen i mål C-507/03, kommissionen mot Irland.

³ — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria* och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745).

⁴ — Dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, *Coname* (REG 2005, s. I-7287).

⁵ — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

4. Även artikel 86 EG är relevant. Enligt artikel 86.1 åläggs medlemsstaterna skyldigheter i förhållande till vissa företag. I artikel 86.2 föreskrivs däremot regler för vissa företag, framför allt för sådana företag som har anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

B — *Den nationella lagstiftningen*

5. I 65 § första stycket i Health Act 1953 (den irländska lagen om hälsa) föreskrivs följande:

”Efter ministerns godkännande kan en hälsovårdsmyndighet, på de villkor som myndigheten anser lämpliga, stödja ett organ, som tillhandahåller eller erbjuder sig att tillhandahålla en tjänst som liknar eller ersätter någon av de tjänster som hälsovårdsnämnden kan tillhandahålla, genom att

a) bidra till att täcka kostnader som uppkommer för organet,

...”

6. Enligt 25 § i Fire Services Act 1981 (den irländska lagen om brandskyddstjänster) gäller följande:

”En brandskyddsmyndighet [enligt 9 § i Health Act är de lokala myndigheterna brandskyddsmyndigheter] har alltid rätt att göra eller delta i alla räddningsinsatser, även utan att det föreligger brandfara, och att vidta de förebyggande åtgärder för räddning eller säkerhet av personer och föremål som myndigheten anser vara nödvändiga för detta ändamål.”

III — **Bakgrund, det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen**

7. Genom ett klagomål blev kommissionen uppmärksam på hur räddningstjänst tilldelats på Irland. Eftersom kommissionen ansåg att tilldelningen i enlighet med direktiv 92/50 skulle ha offentliggjorts, inledde kommissionen en skriftväxling med Irland. Skriftväxlingen gällde frågan huruvida det fanns något kontrakt på vilket vissa skyldigheter att offentliggöra upphandlingen borde ha tillämpats.

8. Den 28 november 2001 anmodade kommissionerna de irländska myndigheterna att lämna uppgifter om förhållandet mellan Dublin City Council (nedan kallat DCC) och Eastern Regional Health Authority (nedan kallad Authority). Eftersom kommissionen inte fick något svar inledde den ett förfarande om fördragsbrott enligt artikel 226 EG.

9. I svar av den 18 juni 2002 anförde de irländska myndigheterna att de tjänster som DCC utförde, och som enligt 65 § första stycket a i Health Act 1953 betalades av Authority, tillhandahölls självständigt av DCC som "principal", och att de varken grundade sig på något kontrakt med Authority eller kontrollerades eller stod under tillsyn av Authority. Sådana tjänster utfördes för övrigt sedan flera årtionden tillbaka.

10. I skrivelse av den 9 augusti 2002 infortrade kommissionen från de irländska myndigheterna alla dokument som var relevanta för bedömningen av förhållandet mellan DCC och Authority.

11. Den 19 september 2002 översände hälsovårdsdepartementet en svarsskrivelse och ett flertal dokument till kommissionen.

12. Kommissionen vidhöll att gemenskapsrätten hade åsidosatts och översände den 17 december 2002 ett motiverat yttrande till Irland enligt artikel 226 EG. De irländska myndigheterna besvarade utförligt yttrandet i skrivelse av den 14 februari 2003. Kommissionen ansåg inte att svaret var tillfredsställande.

13. I ansökan till domstolen har kommissionen nu yrkat att domstolen skall

- 1) fastställa att Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget genom att tillåta att räddningsinsatser (ambulanstransporter) utförs av Dublin City Council utan att Eastern Regional Health Authority dessförinnan har utannonserat tjänsterna, och
- 2) förplikta Irland att ersätta kommissionens rättegångskostnader.

14. Irland har yrkat

- 1) att kommissionens talan skall ogillas, och

- 2) att kommissionen skall förpliktas att ersätta Irlands rättegångskostnader.

gemenskapsrätten. De skall sålunda sörja för att förfarandet offentliggörs i lämplig form. Hur offentliggörandet skall ske beror på tjänstens art och på den krets av företag som kan ha intresse av att tillhandahålla tjänsten.

IV — Parternas och intervenientens argument

A — Kommissionen

15. Enligt kommissionen omfattas den grund på vilken räddningstjänsten utförs visserligen inte av tillämpningsområdet för direktiv 92/50, eftersom det inte finns något skriftligt kontrakt. Vissa skyldigheter följer emellertid av de grundläggande friheter som garanteras i fördraget, särskilt genom bestämmelserna i artiklarna 43 och 49 EG, och av allmänna rättsprinciper. Till de senare hör utan tvekan principerna om insyn, likabehandling och icke-diskriminering. Till stöd för sin uppfattning har kommissionen åberopat avgörandena i målen *Telaustria* och *Vestergaard*.

16. Det står visserligen medlemsstaterna fritt att välja upphandlingsförfarande, men de är skyldiga att vid valet beakta de principer som har kommit till uttryck i

17. Vägledande i detta hänseende är enligt kommissionens mening dess tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten⁶.

18. Av flera skrivelser, särskilt den av den 15 januari 1999 som avgetts av DDC:s "Finance Officer and Treasurer", framgår att det i juni år 1998 träffades vissa överenskommelser om de tjänster som skulle utföras. Detta ledde också till utarbetandet av ett förslag till kontrakt. Hur kontraktet skall betecknas enligt den nationella lagstiftningen är ur gemenskapsrättslig synpunkt irrelevant.

19. Kommissionen tillbakavisar därför Irlands argument att tjänsterna inte har utförts för Authority. Authority fullgör nämligen vissa uppgifter avseende bland annat kontrollen av hur tjänsterna utförs. Även om det inte har föreskrivits någon skyldighet för DCC att tillhandahålla tjänsterna åligger det likväl Authority att sörja för att dessa finns tillgängliga. Detta framgår bland annat av det nämnda kontraktsförslaget.

⁶ — EGT C 121, 2000, s. 2.

20. Irlands argument att de tjänster som, utan utannonsering, har utförts grundar sig på 65 § första stycket a i Health Act visar endast att bestämmelsen i fråga strider mot artiklarna 43 EG och 49 EG. Enligt kommissionen är den nationella bestämmelsen enbart ett bemyndigande för Authority att ingå avtal. Den hindrar inte Authority från att infordra anbud. Tjänstens art och den omständigheten att tjänsten inte är attraktiv för företag gör det inte berättigat att avstå från varje form av offentliggörande.

21. Den omständigheten att Authority inte skulle upphandla de omtvistade tjänsterna utomlands om DDC inte utförde dem gör inte heller agerandet lagenligt.

22. Påståendet att undantaget i artikel 6 i direktiv 92/50 är tillämpligt är för övrigt felaktigt.

23. Slutligen skall också argumentet att det är fråga om utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG tillbakavisas. Iakttagandet av de skyldigheter som följer av EG-fördraget hindrar nämligen inte vare sig Authority eller DDC från att fullgöra de uppgifter som har tilldelats dem. Det är för övrigt oklart om DCC eller Authority skall anses vara företag som har anförtratts tjänsterna.

24. Irlands argument att ambulanstransporter utförs kostnadsfritt innebär endast att Irland förväxlar de tjänster som enskilda tar i anspråk med dem som tillhandahålls Authority.

25. Vad gäller Irlands påstående att DCC inte får ersättning för alla sina kostnader har kommissionen, som för övrigt bestrider påståendet, påpekat att en sådan omständighet inte har någon avgörande betydelse.

26. Den nederländska regeringen har hävdad att det måste finnas ett gränsöverskridande inslag för att de grundläggande friheterna skall vara tillämpliga. Kommissionen anser att det finns ett sådant inslag i förevarande fall.

27. Vad den nederländska regeringen har anfört om att harmoniseringsbestämmelserna inte alltid har företräde grundar sig på en missuppfattning av den dom som har åberopats. Dessutom innehåller även direktiv 92/50 i artikel 3.2 ett diskrimineringsförbud.

28. Tillbakavisas skall också argumenten att skyldigheten att lämna insyn är beroende av att ett upphandlingsförfarande genomförs frivilligt och att det i nu förevarande fall

förelåg rättfärdigandegrunder eller omständigheter enligt artikel 86.2 EG.

29. Såvitt avser begreppet lämplig grad av offentlighet har kommissionen understrukt att den inte kräver en nationell eller internationell anbudsinfordran vid alla upphandlingar, utan att det kan vara tillräckligt att vissa företag får ett meddelande om upphandlingen. Det är inte nödvändigt att genomföra ett upphandlingsförfarande i den ordning som föreskrivs i direktiven.

32. Det finns för övrigt varken något kontrakt, eller någon överenskommelse av vad slag det vara må, mellan DCC och Authority. Den så kallade överenskommelse som träffades i juni år 1998 avsåg en interinstitutionell överenskommelse mellan två lagliga organ och förhandlingar om bidraget till DCC:s kostnader.

33. DCC agerar på grund av egen lagstadgad befogenhet och i eget namn. Företaget står inte under Authoritys kontroll. Det kostnadsbidrag som Authority lämnar utgör inte ett vederlag. Det täcker inte heller samtliga kostnader.

B — Irland

30. Irland har bestritt att de omtvistade tjänsterna behövde offentliggöras.

34. Irland har hänvisat till att de omtvistade tjänsterna omfattas av bilaga I B till direktiv 92/50. Även om ett skriftligt kontrakt hade ingåtts skulle det enbart ha omfattats av den mindre stränga bestämmelsen i artikel 9 i direktiv 92/50, enligt vilken endast artiklarna 14 och 16 hade blivit tillämpliga. I annat fall hade kommissionen varit skyldig att föreslå en vederbörlig ändring av direktivet.

31. De grunder som kommissionen åberopar innebär att kommissionen anmärker på att det saknas ett kontrakt, inte på att det har skett en ny tilldelning. En sådan anmärkning omfattas emellertid inte av de bestämmelser som kommissionen har åberopat. Man kan inte begära att redan ingångna avtal skall ändras.

35. Räddningsinsatser görs kostnadsfritt på Irland. Det är alltså inte fråga om tjänster som vanligen tillhandahålls mot vederlag. Därmed är inte heller artiklarna 43 EG och 49 EG tillämpliga. Inte heller diskrimineras utländska privata företag.

36. Irland anser vidare att den av kommissionen åberopade rättspraxis som domstolen har utvecklat i domarna i målen Telaustria och Bellini⁷ inte är relevant.

37. Enligt artikel 295 EG skall fördraget inte ingripa i medlemsstaternas rätt att välja sin egendomsordning.

38. Slutligen har Irland åberopat de specialbestämmelser avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som finns i artiklarna 16 EG och 86.2 EG.

C — Intervenienten

39. Konungariket Nederländerna, som har inträtt i målet som intervenient på Irlands sida, har hävdat att principen om insyn inte medför skyldighet att tillämpa bestämmelserna i direktiv 92/50. För övrigt finns det flera undantag från denna princip. För det första finns det i detta fall inte någon anknytning till den inre marknaden. Friheten att tillhandahålla tjänster berörs inte. Anledning saknas att pröva frågan om tilldelningen

är förenlig med principen om icke-diskriminering. Om det i direktivet föreskrivna tröskelvärden inte uppnås bortfaller också kravet på skyldighet att lämna insyn.

40. För det andra är principen om skyldighet att lämna insyn inte tillämplig, eftersom den sekundära gemenskapsrätten innehåller motsvarande regler. Den är inte heller tillämplig i de fall som omfattas av undantag som har föreskrivits i upphandlingsdirektiven, exempelvis i artiklarna 4 och 6 i direktiv 92/50. Eftersom det i direktiven endast har föreskrivits en minimiharmonisering av bestämmelser i fråga om insyn, kan medlemsstaterna emellertid utfärda längre gående bestämmelser.

41. För det tredje behöver en medlemsstat beakta de grundläggande principerna i EG-fördraget endast när ett upphandlingsförfarande inleds.

42. För det fjärde måste det prövas om det finns rättfärdigande grunder eller om de villkor som anges i artikel 86.2 EG är uppfyllda.

43. Såvitt avser frågan vad skyldigheten att lämna insyn innebär, anser den nederländska regeringen att det gäller att bestämma vad som är en lämplig grad av offentlighet. Denna bedömning bör överlåtas till den

⁷ — Dom av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86–29/86, SA Constructions et entreprises industrielles m.fl. (REG 1987, s. 3347).

upphandlande myndigheten i varje enskilt upphandlingsförfarande. I oktober år 2005 lade kommissionen fram ett förslag till tolkningsmeddelande om insyn. Det är därför hög tid att domstolen närmare fastställer vad skyldigheten att lämna insyn innebär.

V — Bedömning

A — Inledande anmärkningar

44. Det skall först konstateras att kommissionens talan endast avser fastställande av att utförandet av vissa tjänster strider mot gemenskapsrätten. Därvid avses naturligen ett agerande av den anklagade medlemsstaten i det förflutna, närmare bestämt (även) vid en viss tidpunkt. Denna infaller efter det att den frist som satts i det motiverade yttrandet har löpt ut. Följaktligen kan principiellt även ett därefter fortsatt handlande, inklusive underlåtenhet att ingripa, utgöra föremål för ett förfarande om fördragsbrott enligt artikel 226 EG.

45. Kommissionens yrkande berör inte den lika intressanta frågan huruvida en viss upphandlande myndighet eller koncessionsgivare är skyldig att upphäva ett tecknat kontrakt och hur detta i så fall skall gå till.

Denna fråga kan emellertid Irland komma att ställas inför, eftersom det, om det fastställs att gemenskapsrätten har åsidosatts genom tilldelningen, av artikel 228.1 EG följer att Irland är skyldigt att vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom⁸.

46. Kommissionen har begränsat sin talan till att avse fastställande av att den omtvistade tilldelningen skulle ha gjorts till föremål för ett offentligt anbudsförfarande. Därmed torde kommissionen avse att upphandlingen borde ha offentliggjorts i någon form.

47. Syftet med detta mål om fördragsbrott är alltså inte att det skall utredas hur ett förfarande avseende den omtvistade tilldelningen borde ha sett ut, utan endast att domstolen skall fastställa att det i vart fall var otillåtet att inte alls offentliggöra upphandlingen.

48. Domstolen har i sin rättspraxis fastställt att "[i] artikel 49 EG förbjuds inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen beträffande sådana medborgare som är etablerade i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten. Det följer vidare av fast rättspraxis att enligt

8 — Dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11197), punkt 26, och av den 3 mars 2005 i mål C-414/03, kommissionen mot Tyskland (ej offentliggjort i rättsfallssamlingen), punkt 11.

denna bestämmelse krävs att medlemsstaterna avskaffar alla begränsningar, även om de tillämpas utan åtskillnad mellan dem som tillhandahåller tjänster från det egna landet eller från en annan medlemsstat, som innebär att den verksamhet som bedrivs av personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i en annan medlemsstat, där de lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiv.”⁹

49. Till följd av kommissionens vidsträckta yrkande om åsidosättande av ”skyldigheter enligt fördraget” är de rättsliga bestämmelser vilkas åsidosättande skall prövas i detta mål inte bara artiklarna 43 EG och 49 EG, utan även allmänna rättsprinciper, exempelvis de som har kommit till uttryck i artikel 10 EG. Sistnämnda bestämmelse skall beaktas på grund av principerna om likvärdighet och effektivitet¹⁰.

50. Enligt domstolens rättspraxis¹¹ skall de primärrättsliga bestämmelserna tillämpas när en tilldelning inte omfattas av tillämpningsområdet för något av upphandlingsdirektiven. Detta villkor är uppfyllt beträffande den omtvistade tilldelningen, eftersom denna – som parterna i målet korrekt har

konstaterat – inte omfattas av direktiv 92/50 på grund av att det saknas ett skriftligt kontrakt.

51. Den transaktion som ligger till grund för detta mål om fördragsbrott rör ett visst system för hur offentliga medel används för vissa tjänster. Även Irland har medgett att det föreligger en viss form av överenskommelse.

52. Som framgår av domen i målet mellan kommissionen och Spanien omfattar upphandlingsdirektiven även samarbetsavtal mellan den offentliga förvaltningen och övriga offentliga organ.¹² Det saknar i förevarande mål betydelse att det i det nyss nämnda målet var fråga om skriftliga kontrakt, eftersom det i förevarande fall inte är fråga om uppfyllande av ett kriterium i direktiven utan om tillämpning av primärrätten. Det ställs mindre stränga krav på arten av förbindelse mellan organen enligt denna än enligt direktiven. Det är i varje fall även i detta mål ostridigt att det är fråga om två från varandra skilda organ.

53. Förevarande mål gäller framför allt tillämpningen av friheten att tillhandahålla tjänster. Ett villkor för tillämpningen är att

9 — Dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-8831), punkt 66.

10 — Mitt förslag till avgörande av den 12 april 2005 i målet Coname (domen se ovan fotnot 4), punkt 81 med ytterligare hänvisningar till rättspraxis.

11 — Domarna i målen Coname (ovan fotnot 4), punkt 16, och kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 9), punkt 32.

12 — Dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-139), punkt 38 och följande punkter.

den omtvistade tilldelningen avser tjänster i den mening som avses i artikel 50 EG.

54. Man skulle kunna göra gällande att ambulanstransporter som regel inte betalas direkt av dem som tar tjänsten i anspråk, utan att kostnaderna bestrids via en försäkring eller direkt av staten. Eftersom det enligt domstolens rättspraxis just inom området hälsa¹³ är tillräckligt om vederlaget för en tjänst erläggs av tredje man, saknas det anledning att närmare undersöka avräkningssystemet för de omtvistade tjänsterna. Ostridigt är i varje fall att East Coast Area Health Board utger en så kallad "contribution" (bidrag). Hur stor andel av de faktiska kostnaderna detta bidrag utgör behöver därför inte utredas för att detta mål skall kunna avgöras.

56. Som jag har anfört i mitt förslag till avgörande inför domen i målet Coname omfattar begreppet insyn redan enligt direktiven många olika aspekter¹⁴. Förevarande mål gäller endast vissa skyldigheter att offentliggöra upphandlingen av vissa tjänster.

57. Enligt domstolens rättspraxis skall varje potentiell anbudsgivare garanteras "sådan offentlighet att tjänstekoncessionen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfaranden är opartiska".¹⁵ Detta krav gäller emellertid inte bara upphandlingar som inte omfattas av direktiv 92/50 på grund av att de avser en koncession, utan även upphandlingar som av andra skäl inte omfattas av nämnda direktiv eller övriga upphandlingsdirektiv. Här skall endast i klargörande syfte tillfogas att kravet på graden av offentlighet kan variera vid olika upphandlingar beroende på föremålet för och värdet av dessa.

B — Principen om skyldighet att lämna insyn

55. Tvistefrågan i detta mål om fördragsbrott är huruvida skyldigheten att lämna insyn har åsidosatts vid en viss transaktion.

58. Avgörande för bedömningen av om den svarande medlemsstatens handlande var lagenligt är huruvida en lämplig grad av insyn var säkerställd.

13 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Vanbraekel (REG 2001, s. I-5363), av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms (REG 2001, s. I-5473), och av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré (REG 2003, s. I-4509).

14 — Mitt förslag till avgörande i målet Coname (domen ovan fotnot 4), punkt 88 och följande punkter.

15 — Dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 21, och av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8612), punkt 49.

59. Det skall alltså prövas om underlåtenheten att infordra anbud i det enskilda fallet innebar ett åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn. Som domstolen har anført i domen i målet Coname ankommer det på den hänskjutande domstolen att "pröva huruvida ... tilldelning av koncessionen ... uppfyller de krav på insyn som, utan att de nödvändigtvis innebär en skyldighet att göra en anbudsinfordran, bland annat möjliggör för ett företag i en annan medlemsstat ... att få tillgång till de uppgifter som krävs med avseende på nämnda koncession innan tilldelning sker, för att ge detta företag möjlighet, om det så önskar, att tillkännage sitt intresse av att tilldelas koncessionen".¹⁶

60. Av rättspraxis kan alltså utläsas att frågan vad som är en lämplig grad av insyn skall bedömas med beaktande av dem som i det enskilda fallet har intresse av tilldelningen. Därvid skall inte enbart faktiskt intresserade anbudsgivare beaktas, utan även alla potentiella anbudsgivare i andra medlemsstater.

61. Det gäller alltså att välja den grad av insyn som uppfyller detta villkor. Frågan är dock om detta nödvändigtvis kräver en anbudsinfordran eller en utannonsering av upphandlingen.

1. Huruvida en anbudsinfordran är nödvändig

62. Det skall först utredas om det enligt primärrätten krävs en anbudsinfordran vid alla upphandlingar.

63. För att så är fallet skulle första avdelningens domar i målen Parking Brixen och ANAV kunna tala. I nämnda domar har domstolen konstaterat att "medlemsstaterna inte skall behålla nationella bestämmelser i kraft enligt vilka koncessioner kan tilldelas utan anbudsinfordran, eftersom en sådan tilldelning strider mot artiklarna 43 EG eller 49 EG eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn".¹⁷

64. Härvid torde det emellertid röra sig om ett fel i den tyska versionen av domen. Både i den franska och i den italienska versionen av domen i målet Parking Brixen och i den italienska versionen av domen i målet ANAV används "mise en concurrence" och "procedura concorrenziale". Avsiktligt används alltså inte "appel d'offres" eller "bando di gara", det vill säga offentliggörande av upphandlingen i den mening som avses i upphandlingsdirektiven.

16 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 4), punkt 21.

17 — Domarna i målet ANAV (ovan fotnot 15), punkt 23, och Parking Brixen (ovan fotnot 15), punkt 52.

65. I domen i målet Coname, som meddelades av domstolen i stor sammansättning, har domstolen för övrigt uttryckligen understrukit att det enligt primärrätten inte alltid krävs att det görs en anbudsinfordran i den mening som avses med offentliggörande av upphandlingen.¹⁸

66. Nyss nämnda dom skall därför ses som ett principavgörande och utgör därmed utgångspunkt för följande bedömning. Detta följer också av principiella överväganden, även oberoende av att domen i målet Coname meddelades av domstolen i stor sammansättning och att övriga domar uppvisar språkliga fel.

67. Uppfattningen att det generellt är otillåtet att tilldela kontrakt utan att offentliggöra upphandlingen (anbudsinfordran) och att ta direkt kontakt med vissa företag kan inte godtas redan av det skälet att det till och med i upphandlingsdirektiven har föreskrivits undantag från skyldighet till offentliggörande. Men även kommissionen har uttryckligen påpekat att dess avsikt inte är att de skyldigheter till offentliggörande som har föreskrivits i direktiv 92/50 skall gälla även enligt primärrätten. Om det enligt primärrätten skulle krävas att en upphandling alltid måste offentliggöras skulle upphandlande myndigheter vara underkastade strängare

regler beträffande kontrakt som inte omfattas av direktiven än beträffande kontrakt som faller inom direktivens tillämpningsområde.

68. Det skall tilläggas att domstolen i domen i målet Coname också har godtagit vissa undantag från iakttagandet av de primärrättsliga skyldigheterna. Dessa undantag skall behandlas särskilt.

69. Det kan alltså konstateras att det kan finnas tjänster för vilka en anbudsinfordran, alltså ett offentliggörande av upphandlingen, inte behöver göras.

70. I detta sammanhang finner jag det nödvändigt att erinra om den uppfattning som jag har redovisat redan i mitt förslag till avgörande inför domen i målet Coname¹⁹, nämligen att det inte finns något enhetligt primärrättslig upphandlingsförfarande, utan att det är lämpligt att göra en åtskillnad beroende på omständigheterna vid upphandlingen i det enskilda fallet. Förevarande mål erbjuder domstolen möjlighet att klargöra det som erfordras i detta hänseende.

18 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 4), punkt 21. Detta framgår också av den franska versionen av domen (un appel d'offres).

19 — Mitt förslag till avgörande i målet Coname (domen ovan fotnot 4), punkt 69 och följande punkter.

2. Åtskillnad beroende på omständigheterna vid upphandlingen i varje enskilt fall

71. Utgångspunkten skall alltså vara att frågan vad principen om skyldighet att lämna insyn innebär skall bedömas med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.

72. Vad jag anför i det följande avser, i enlighet med föremålet för detta mål om fördragsbrott, de villkor på vilka det är tillåtet att underlåta att företa en anbudsinfordran och huruvida dessa villkor var uppfyllda i det konkreta fallet.

73. Till vägledning i detta hänseende tjänar för det första principen att det måste finnas en möjlighet till överprövning och principerna om proportionalitet och likabehandling. Vidare skall syftena med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, exempelvis säkerställande av konkurrens och den inre marknaden, samt de primärrättsliga bestämmelsernas ”ändamålsenliga verkan” beaktas.

74. Vad skyldigheten att lämna insyn innebär beror på olika faktorer, exempelvis föremålet för tilldelningen, det vill säga om denna avser tjänster, leveranser eller byggläggningar, och det beräknade värdet av tilldelningen.

75. Eftersom förevarande mål rör tjänster som omfattas av bilaga I B till direktiv 92/50, det vill säga oprioriterade tjänster, skall det prövas huruvida den skillnad mellan prioriterade och oprioriterade tjänster som har gjorts i direktivet är av betydelse även inom primärrätten.

76. Den indelning i nämnda två kategorier som har gjorts i direktiven torde ligga till grund för den inom området för offentlig upphandling allmänt gällande tanken att vissa tilldelningar är av större intresse för marknaden än andra, eller med andra ord är av intresse för en större krets av ekonomiska aktörer, närmare bestämt även för företag från andra medlemsstater. Denna aspekt skulle kunna vara av betydelse just när det gäller tillämpning av de grundläggande friheterna, eftersom dessa förutsätter att det finns ett gränsöverskridande element²⁰.

77. Gemenskapslagstiftaren har visserligen föreskrivit att endast vissa kategorier av tjänster, nämligen de prioriterade, till fullo skall omfattas av direktiv 92/50. Därav får emellertid inte den slutsatsen dras att andra, det vill säga oprioriterade, tjänster inte är relevanta för den inre marknaden, alltså i stort sett inte skulle kunna tillhandahållas över nationsgränser. Den omständigheten att lagstiftaren i den nya lagstiftningen, alltså direktiv 2004/18, har behållit denna katego-

20 — Se mitt förslag till avgörande i målet Coname (ovan fotnot 4), punkt 78.

riindelning, dessutom med samma motive-ring,²¹ utesluter dock inte principiellt att primärrätten är tillämplig.

78. Om man skulle utgå från antagandet att oprioriterade tjänster inte är av intresse för anbudsgivare från andra medlemsstater skulle kommissionen vara tvungen att i ett mål om fördragsbrott bevisa att den omtvistade upphandlingen faktiskt är av ett potentiellt gränsöverskridande intresse.

79. I princip är kommissionen i ett mål om fördragsbrott skyldig att styrka sina påståenden i både faktiskt och rättsligt hänseende. Av detta skulle man kunna dra slutsatsen att kommissionen är skyldig att genom någon form av marknadsanalys visa vilka ekonomiska aktörer som med hänsyn till den eventuella konkurrensen kan ha intresse av den planerade tilldelningen, varvid värdet av och föremålet för tilldelningen har en avgörande betydelse.

80. Kommissionen har inte uppfyllt detta beviskrav i vare sig sin skriftliga eller sin muntliga argumentation. Om detta stränga beviskrav skulle läggas till grund vid fördelningen av bevisbördan skulle kommissionens ansökan följaktligen ogillas.

81. I detta sammanhang får man emellertid inte bortse från att domstolen inom området för offentlig upphandling hittills inte har tillämpat ett så strängt beviskrav²². När det inte funnits något som talat för motsatsen har domstolen tvärtom utgått från att tilldelning av kontrakt av en viss storleksordning i tveksamma fall potentiellt är av intresse för företag från andra medlemsstater.

82. I förevarande mål kvarstår alltså principen att det skall lämnas så mycket information som de potentiellt intresserade företagen behöver för att kunna avgöra om de skall delta i upphandlingsförfarandet eller avge ett anbud. Det krävs enligt primärrätten ingalunda att de uppgifter som föreskrivs i upphandlingsdirektivens mall för offentliggörande alltid anges²³.

83. Det kan varken av handlingarna i akten eller av uppgifterna vid den muntliga förhandlingen utläsas att den omtvistade tilldelningen innehållsmässigt är av sådan karaktär att det var berättigat att inte alls offentliggöra den. Varken det årliga värdet av tjänsterna eller föremålet för dessa talar för att en sådan underlåtenhet är förenlig med gemenskapsrätten.

21 — Skäl 19.

22 — Se endast dom av den 27 oktober 2005 i mål C-158/03, kommissionen mot Spanien (ej publicerad i rättsfallssamlingen, EUT C 330, 2005, s. 1).

23 — Se mitt förslag till avgörande i målet Coname (domen ovan fotnot 4), punkt 97.

84. Det skall därför nu prövas om underlåtenheten i fråga kunde grundas på undantag som uttryckligen har föreskrivits i primärrätten, på rättspraxis avseende de grundläggande friheterna i allmänhet eller på rättfärdigandegrunder som har godtagits inom området för offentlig upphandling.

85. Eftersom det i förevarande fall över huvud taget inte har skett något offentliggörande av de planerade tjänsterna saknas det däremot anledning att i detalj undersöka vilket medium för offentliggörande som borde ha valts och vilket minimiinnehåll en anbudsinfordran borde ha haft.

C — Undantag och rättfärdigandegrunder

86. I det följande skall det undersökas huruvida de grundläggande friheterna förblir orubbade tack vare den ringa effekten av att anbudsinfordran har underlåtit, huruvida den svarande medlemsstaten kan åberopa någon bestämmelse i fördraget som generellt undantar medlemsstaternas åtgärder från tillämpning av primärrätten, huruvida det föreligger någon uttryckligen i fördraget stadfast eller i rättspraxis godkänd rättfärdigandegrund och huruvida artikel 86.2 EG är tillämplig. Slutligen skall det prövas om undantagen i direktiven, särskilt de som följer av artikel 6 i direktiv 92/50, är tillämpliga eller kan tillämpas analogt.

1. Ringa effekt av tilldelningen

87. I domen i målet Coname har domstolen anknutit till en inom ramen för den fria rörligheten för varor utvecklad rättspraxis enligt vilken det "på grund av särskilda omständigheter, såsom att koncessionen är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende, är rimligt att anta att koncessionen i fråga inte skulle vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat ... och att verkningarna på de berörda grundläggande friheterna således kan anses vara alltför slumpmässiga och indirekta för att man skall kunna fastställa att de har åsidosatts".²⁴

88. Bortsett från att det kan ifrågasättas var gränsen går för vad som skall anses vara av mycket ringa betydelse kan den omtvistade tilldelningen med ett värde av flera miljoner irländska pund om året i varje fall inte falla under detta begrepp. Redan år 2001 lär värdet av de årliga tjänsterna ha uppgått till mer än 7 miljoner pund. Därmed överskreds till och med det tröskelvärde som har fastställts i direktiv 92/50.

24 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 4), punkt 20.

2. Rättfärdigandegrunder som uttryckligen har stadfästs i fördraget

89. Det skall först erinras om de bestämmelser i fördraget som generellt, om än endast på vissa villkor, undantar åtgärder av medlemsstaterna från tillämpning av primärrätten. Bestämmelser som i detta hänseende är relevanta inom området för offentlig upphandling är i första hand de som gäller undantag beträffande säkerhet, nämligen artiklarna 296 EG och 297 EG. I förevarande fall är dessa undantag emellertid inte tillämpliga, eftersom det inte finns någon säkerhetsaspekt.

90. Dessutom kan medlemsstaterna åberopa rättfärdigandegrunder som uttryckligen har stadfästs i fördraget enligt artikel 46 EG i förening med artikel 55 EG, exempelvis hänsyn till allmän ordning eller hälsa. Det skall emellertid påpekas att den anklagade medlemsstaten i förevarande fall inte har åberopat någon sådan rättfärdigandegrund till sitt försvar.²⁵

91. Ett rättfärdigande på grund av att det är fråga om en verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt, det vill säga på den grund som anges i artikel 45 EG, skulle däremot förutsätta att vissa villkor är uppfyllda. Enligt fast rättspraxis skall ”artiklarna 45 EG och 55 EG, i egenskap av ett

undantag från den grundläggande principen om etableringsfrihet, tolkas på ett sätt som begränsar deras räckvidd till att endast omfatta vad som är absolut nödvändigt för att säkerställa de hänsyn som denna bestämmelse ger medlemsstaterna rätt att skydda”.²⁶

92. De undantag som har föreskrivits i nämnda artiklar måste enligt fast rättspraxis begränsas till sådan verksamhet som i sig är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt²⁷.

93. I förevarande fall saknas emellertid de i rättspraxis uppställda villkoren för tillämpning av dessa uttryckligen stadfästa rättfärdigandegrunder.

²⁵ — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 9), punkt 69.

²⁶ — Dom av den 15 mars 1988 i mål 147/86, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 1637; svensk specialutgåva, volym 9, s. 445), punkt 7, av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-6717), punkt 34, och av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkt 45.

²⁷ — Dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309), punkt 45, och av den 13. juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen (REG 1993, s. I-4047), punkt 8, domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 26), punkt 35, dom av den 31 maj 2001 i mål C-283/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4363), punkt 20, och domen i målet Servizi Ausiliari (ovan fotnot 26), punkt 46.

3. Rättfärdigandegrunder som inte är uttryckligen stadfästa i fördraget eller grunder som är rättfärdigande av hänsyn till allmänintresset

94. Enligt domstolens rättspraxis²⁸, som i princip också har tillämpats inom området för offentlig upphandling²⁹, kan inskränkningar i etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster vara rättfärdigade om de uppfyller vissa förutsättningar.

95. Enligt nämnda rättspraxis skall de inskränkande åtgärderna grundas på tvingande hänsyn till allmänintresset, vara ägnade att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas genom dem och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. Under alla förhållanden skall de vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt.

96. I detta sammanhang skall det dock påpekas att den svarande medlemstaten inte har kunnat visa att det föreligger vare sig rättfärdigandegrunder som domstolen har godtagit eller någon grund, exempelvis konsumentskydd, som av hänsyn till allmänintresset skulle kunna berättiga dess val av förfarande.

28 — Se endast dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. 167), punkt 32, av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37, och av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031), punkterna 64 och 65.

29 — Se endast domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 22), punkt 35.

97. Slutligen skall det också hänvisas till den av domstolen utvecklade rättfärdigandegrunden "sakliga skäl."³⁰ Det saknas anledning att närmare behandla denna möjlighet att rättfärdiga vissa nationella bestämmelser som domstolen inte närmare har förklarat och villkoren för att grunden skall kunna åberopas, eftersom Irland inte har anfört något argument i detta hänseende.

4. Artikel 86 EG

98. I förevarande mål har även artikel 86 EG förts på tal.

99. När det gäller den omtvistade tilldelningen skall det påpekas att denna noga räknat innebär ett beviljande av en ensamrätt, närmare bestämt inom området räddningstjänst och framför allt beträffande ambulanstransporter.

100. I detta hänseende uppkommer frågan huruvida artikel 86.1 EG blir tillämplig redan i och med att en ensamrätt beviljas eller först efter det att ytterligare statliga åtgärder har vidtagits i förhållande till företag som med-

30 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 4), punkt 23: "Vad beträffar sakliga skäl som kan motivera en sådan särbehandling, skall det framhållas att endast den omständigheten att Cingia de' Botti kommun äger 0,97 procent av Padanias kapital inte i sig utgör ett sådant sakligt skäl."

lemsstaterna beviljar en ensamrätt eller särskilda rättigheter. Av domstolens rättspraxis kan utläsas att även beviljandet av ensamrätt i sig omfattas av artikel 86.1 EG i förening med artikel 82 EG, framför allt när det därigenom skapas en marknadsdominerande ställning. Det betyder dock inte att ett sådant beviljande också är förbjudet.³¹ Frågan om huruvida en tilldelning, i detta fall tilldelningen av räddningstjänst till DCC, är förenlig med gemenskapsrätten skall bedömas med ledning av andra bestämmelser än artikel 86.1 EG. Till de relevanta materiella rättsliga bestämmelserna i detta hänseende hör för övrigt även artikel 86.2 EG. Därigenom får denna bestämmelse betydelse inte bara för åtgärder som vidtas av de företag som omfattas av den, utan även för statliga åtgärder.

101. Detta mål om fördragsbrott gäller dock inte överförande av rättigheter till Authority utan Authoritys handlande inom ramen för den verksamhet som bedrivs för att tillgodose allmänna intressen, närmare bestämt dess tilldelning av räddningstjänsten till DCC. Artikel 86.2 EG får rättslig betydelse just vid bedömningen av hur organ som har beviljats vissa rättigheter handlar.

102. Vad gäller tilldelningen av räddningstjänsten till DCC skall det undersökas om Authority uppfyller villkoren i artikel 86.2 EG, det vill säga om det är ett företag som har anförtratts tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, och om tillämpningen av de primärrättsliga bestämmelserna rättsligt eller faktiskt skulle hindra Authority från att uppfylla de uppgifter som Authority har anförtratts.

103. Det skall principiellt erkännas att utförande av uppgifterna i vissa fall kan hindras genom ett offentligt anbudsförfarande på grund av den tid som går åt för att anordna förfarandet och fristen för ingivande av anbud. Ett sådant hinder skulle kunna uppstå exempelvis för ett el- eller vattenverk, om verket i fråga till följd av anbudsförfarandet måste avbryta en pågående verksamhet eller uppskjuta påbörjandet av en el- eller vattenförsörjning.

104. Mot bakgrund av domstolens rättspraxis skall det därför prövas i vilken utsträckning som en begränsning av konkurrensen eller till och med ett uteslutande av all konkurrens från andra näringsidkares sida är nödvändigt för att göra det möjligt för innehavaren av den exklusiva rättigheten att fullgöra sina uppgifter av allmänt intresse och i synnerhet att åtnjuta ekonomiskt godtagbara villkor³².

31 — Se bland annat dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkt 29, av den 10 december 1991 i mål C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova* (REG 1991, s. I-5889; svensk specialutgåva, volym 11, s. 507), punkt 16, och av den 17 november 1992 i de förenade målen C-271/90, C-281/90 och C-289/90, *Spanien m.fl. mot kommissionen* (REG 1992, s. I-5833; svensk specialutgåva, volym 13, s. 175), punkterna 35 och 36.

32 — Dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, *Corbeau* (REG 1993, s. I-2533; svensk specialutgåva, tillägg, s. 77), punkt 16, och av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, *Ambulanz Glöckner* (REG 2001, s. I-8089), punkt 57.

105. Även om det inte är nödvändigt att ett företags överlevnad hotas på grund av ett offentligt anbudsförfarande måste det åtminstone visas att förfarandet rättsligt eller faktiskt hindrar att de särskilda skyldigheter som åvilar detta företag fullgörs.³³

5. Tillämpning av undantag som har föreskrivits i direktiven

106. Härvidlag har den svarande medlemsstaten inte kunnat visa att dess handlande var nödvändigt för att göra det möjligt för DCC att fullgöra sina uppgifter på ekonomiskt godtagbara villkor.

107. Frågan om DCC rent faktiskt är ett företag som har anförtratts uppgifter av allmänt *ekonomiskt* intresse behöver därför inte prövas.

108. I detta sammanhang skall det dessutom erinras om att artikel 86.2 EG är en bestämmelse som medger undantag från EG-fördragets regler och därför skall tolkas strikt.³⁴ I förevarande mål följer inte heller något annat av artikel 16 EG.

109. Slutligen skall frågan om tillämpning av de undantag från skyldigheten att genomföra ett offentligt anbudsförfarande som har föreskrivits i direktiven behandlas.

110. Utgångspunkten för bedömningen är principen att primärrätten inte kan innehålla exakt samma bestämmelser om upphandlingsförfarandet som dem som har föreskrivits i direktiven. Detta utesluter emellertid inte att många bestämmelser, exempelvis diskrimineringsförbudet, gäller även utanför direktivens tillämpningsområde, om än på en annan rättslig grund, exempelvis allmänna rättsprinciper.

111. Som redan flera gånger har framhållits³⁵ skall emellertid inom primärrätten i varje fall även sådana undantag som motsvarar dem som har föreskrivits i direktiven godtas³⁶. Därmed kan det inte uteslutas att det också kan förekomma fall i vilka ett

33 — Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna (REG1997, s. I-5699), punkt 43.

34 — Ibidem, punkt 37.

35 — Se mitt förslag till avgörande i målet Coname (domen fotnot 4), punkt 93, och därefter generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande inför domen av den 2 juni 2005 i mål C-525/03, kommissionen mot Italien (dom av den 27 oktober 2005, REG 2005, s. I-9405), punkt 47.

36 — Artikel 11.3 i direktiv 92/50 och artikel 31 i direktiv 2004/18.

upphandlingsförfarande får genomföras utan att först offentliggöras, det vill säga utan anbudsinfordran.

112. Det skall emellertid konstateras att den svarande medlemsstaten i detta fall inte har åberopat något i direktiv 92/50 fastställt undantag till stöd för genomförandet av ett upphandlingsförfarande utan anbudsinfordran.

6. Artikel 6 i direktiv 92/50

113. Det har i målet flera gånger diskuterats om artikel 6 i direktiv 92/50 är tillämplig. Enligt nämnda bestämmelse undantas tjänstekontrakt från direktivets tillämpningsområde på vissa villkor. Ett sådant villkor är bland annat att den upphandlande myndigheten har en exklusiv rätt.

114. Det skall emellertid påpekas att undantaget i fråga principiellt endast är tillämpligt när upphandlingen över huvud taget omfattas av direktiv 92/50. Eftersom det i detta fall är ostridigt att direktiv 92/50 redan av andra skäl inte är tillämpligt, saknas det anledning att pröva om det i förevarande fall föreligger någon exklusiv rätt.

115. I ett mål om fördragsbrott ankommer det på den anklagade staten att anföra eventuella grunder som rättfärdigar att den inte har tillämpat de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. I förevarande mål har denna diskussion emellertid i egentlig mening inskränkt sig till artikel 6 i direktiv 92/50.

116. Parterna har inte närmare diskuterat frågan om det finns något jämförbart undantag i primärätten, eventuellt i form av en rättfärdigandegrund eller ett "sakligt skäl" i den mening som avses i domen i målet Coname, som skulle få den effekten att sådana transaktioner som den omtvistade är undantagna från tillämpning av primärätten.

D — Resultat av bedömningen

117. Sammantaget har prövningen av det handlande som kommissionen har kritiserat visat att det inte förelåg några omständigheter som medgav att de omtvistade tjänsterna fick utföras utan att något offentliggörande skett över huvud taget.

118. Det kan visserligen finnas upphandlingar vid vilka omständigheterna är sådana att det över huvud taget inte behövs något offentliggörande. Sådana omständigheter förelåg emellertid inte, eller har i varje fall inte visats föreligga, i det konkreta fallet.

VI — Rättegångskostnader

119. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

Eftersom Irland har tappat målet skall Irland i enlighet med kommissionens yrkande förpliktas att ersätta kommissionens rättegångskostnader. Konungariket Nederländerna som är intervenient skall enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna bära sina egna kostnader.

VII — Förslag till avgörande

120. På grund av det anförda föreslår jag att domstolen skall

1. fastställa att Irland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget genom att tillåta att ambulanstransporter får utföras av Dublin City Council utan att någon anbudsinfordran dessförinnan har offentliggjorts av Eastern Regional Health Authority, trots att det inte förelåg någon omständighet som berättigade Irland till ett sådant förfarande,
2. förplikta Irland att ersätta kommissionens rättegångskostnader, och
3. förordna att Konungariket Nederländerna skall bära sina egna rättegångskostnader.