UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

10 päivänä maaliskuuta 2011*

Asiassa C-274/09,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Oberlandesgericht München (Saksa) on esittänyt 2.7.2009 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 20.7.2009, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler

vastaan

Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,

Malteser Hilfsdienst eV:n

ja

Bayerisches Rotes Kreuzin

osallistuessa asian käsittelyyn,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

UNIONIN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja K. Lenaerts sekä tuomarit D. Šváby, E. Juhász (esittelevä tuomari), G. Arestis ja T. von Danwitz,

julkisasiamies: J. Mazák,
kirjaaja: hallintovirkamies B. Fülöp,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 24.6.2010 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, edustajinaan Rechtsanwalt B. Stolz ja Rechtsanwalt P. Kraus,

– Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, edustajinaan Rechtsanwalt M. Kuffer ja Rechtsanwalt D. Bens,

– Malteser Hilfsdienst eV, edustajanaan Rechtsanwalt W. Schmitz-Rode,

– Bayerisches Rotes Kreuz, edustajanaan Rechtsanwalt E. Rindtorff,

– Saksan hallitus, asiamiehinään M. Lumma ja J. Möller,

– Tšekin hallitus, asiamiehenään M. Smolek,

– Ruotsin hallitus, asiamiehenään S. Johannesson,

– Euroopan komissio, asiamiehinään C. Zadra ja G. Wilms,

kuultuaan julkisasiamiehen 9.9.2010 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdan sekä 4 kohdan tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (jäljempänä Stadler) ja Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (palo- ja pelastustoiminnasta Passaussa vastaava kuntayhtymä, jäljempänä Passaun kuntayhtymä) ja jossa on kyse pelastuspalvelusalaa

koskevien sopimusten tekemisestä. Asianosaiset ovat eri mieltä erityisesti siitä, onko näitä sopimuksia pidettävä julkisia palveluhankintoja koskevina sopimuksina vai palvelukonsessioina.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin säännöstö

3 Direktiivin 2004/18 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”– –

2. a) ’Julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.

– –

d) ’Julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan muita kuin julkisia rakennusurakoita ja julkisia tavarahankintoja koskevia julkisia hankintasopimuksia, joiden kohteena on liitteessä II tarkoitettujen palvelujen suorittaminen.

– –

4. ’[Palvelukonsessiolla]’ tarkoitetaan muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan [oikeus hyödyntää palvelua] tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

– –”

Kansallinen säännöstö

4 Baijerin pelastuspalvelulaki (Bayerisches Rettungsdienstgesetz, jäljempänä BayRDG) tuli voimaan 1.1.2009. Tämän asian kannalta merkityksellisiä ovat sen seuraavat säännökset:

”*1 §*

Kohde ja tavoitteet

Tässä laissa säädetään ensiaputoiminnasta, lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista, sairaankuljetuksesta, vuoristo- ja luola-alueilla suoritettavasta pelastustoiminnasta sekä vesistöjen pelastuspalveluista (jäljempänä pelastuspalvelu). Alueen kattava pelastuspalvelu on julkinen tehtävä, jonka hoitaminen on varmistettava julkisella pelastustoimella. – –

– –

4 §

Tehtävän hoitajat

(1) Piirikuntien (Landkreise) ja piirikuntiin kuulumattomien kuntien tehtävänä on varmistaa julkisen pelastustoimen hoitaminen pelastuspalvelualueilla tämän lain mukaisesti – –

(2) Ylimmän pelastustoimiviranomaisen on määritettävä asianomaisia kunnallisia kattojärjestöjä kuultuaan asetuksella pelastuspalvelualueet siten, että pelastuspalvelu voidaan hoitaa tehokkaasti ja taloudellisesti.

(3) Samalla pelastuspalvelualueella sijaitsevien piirikuntien ja piirikuntiin kuulumattomien kuntien on hoidettava niille tämän lain mukaan kuuluvat tehtävät yhteistyössä palo- ja pelastustoiminnasta vastaavan kuntayhtymän kanssa.

– –

13 §

Ensiaputoimintaan, lääkärin valvonnassa suoritettaviin potilaskuljetuksiin ja sairaankuljetuksiin liittyvät toimeksiannot

(1) Palo- ja pelastustoiminnasta vastaavan kuntayhtymän on annettava ensiaputoimintaa, lääkärin valvonnassa suoritettavia potilaskuljetuksia ja sairaankuljetuksia koskeviin toimeksiantoihin liittyvät maapelastuspalvelut

1. Bayerisches Rotes Kreuzille (Baijerin Punainen Risti)

2. Arbeiter-Samariter-Bundille (Samarialaisten järjestö)

3. Malteser Hilfsdienstille (Maltan ritarikunnan avustuspalvelu)

4. Johanniter-Unfall-Hilfelle (Johanniitta-järjestön onnettomuusapu) tai

5. vastaaville avustusjärjestöille.

– –

(2) Mikäli avustusjärjestöt eivät ole valmiita tai kykene ottamaan toimeksiantoa vastaan, palo- ja pelastustoiminnasta vastaavan kuntayhtymän on annettava maapelastuspalvelujen suorittaminen kolmansien osapuolten tehtäväksi tai suoritettava ne itse tai jäsentensä välityksellä.

(3) Palo- ja pelastustoiminnasta vastaavan kuntayhtymän on päätettävä palvelujen suorittajan valinnasta ja toimeksiannon laajuudesta velvollisuuksiensa mukaisen harkinnan perusteella. Valintapäätös on tehtävä läpinäkyvästi ja objektiivisin perustein. Palo- ja pelastustoiminnasta vastaavan kuntayhtymän on ilmoitettava tehtävästä valintapäätöksestä asianmukaisella tavalla, jotta siitä kiinnostuneet palveluntarjoajat voivat jättää hakemuksensa.

(4) Palo- ja pelastustoiminnasta vastaavan kuntayhtymän ja pelastuspalvelun suorittamisesta toimeksiannon saaneen välisestä oikeussuhteesta määrätään julkisoikeudellisella sopimuksella.

– –

21 §

Toiminnan luvanvaraisuus

(1) Ensiaputoiminnan, lääkärin valvonnassa suoritettavien potilaskuljetusten ja sairaankuljetusten harjoittamiseen on saatava lupa.

– –

24 §

Luvan myöntämisedellytykset

– –

(2) Lupa ensiaputoimintaan, lääkärin valvonnassa suoritettaviin potilaskuljetuksiin ja sairaankuljetuksiin liittyvän julkisen pelastustoiminnan harjoittamiseen on myönnettävä, jos – – asianomainen esittää 13 §:n 4 momentissa tarkoitetun julkisoikeudellisen sopimuksen – –

– –

(4) Lupa sairaankuljetuksiin julkisen pelastustoimen ulkopuolella on evättävä, jos on odotettavissa, että sen käytöllä vaarannetaan yleinen intressi toimivaan pelastuspalveluun – –

– –

32 §

Käyttömaksujen periminen ja maksun peruste

Pelastustoiminnan palveluista ja lääkärien osallistumisesta palveluun peritään käyttömaksuja. Näiden maksujen on perustuttava liiketaloudellisten periaatteiden mukaan laskettuihin kustannuksiin, jotka vastaavat sääntöjenmukaisesta palvelujen suorittamisesta, taloudellisesta ja säästäväisestä liikkeenjohdosta sekä tehokkaasta organisaatiosta koituvia kustannuksia – –

– –

34 §

Ensiaputoiminnasta, lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista perittävät käyttömaksut

– –

(2) Sosiaalivakuutuslaitosten on sovittava pelastuspalvelun suorittajien tai niiden osavaltiojärjestöjen kanssa yhtenäisistä käyttömaksuista, joita ne maksavat ensiaputoiminnasta, lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista. – –

(3) Käyttömaksuja koskeva sopimus on tehtävä vuosittain etukäteen.

(4) Ensiaputoiminnan, lääkärin valvonnassa suoritettavien potilaskuljetusten ja sairaankuljetusten kustannukset on jaettava käyttäjien maksettaviksi yhtenäisin perustein. Palvelun suorittajan on perittävä sosiaalivakuutuslaitosten kanssa sovitut käyttömaksut myös kaikilta muilta henkilöiltä ja laitoksilta, jotka käyttävät julkisen pelastustoimen palveluja.

(5) Käyttömaksujen perustana ovat aina ne ennakoidut palvelukustannukset, jotka 32 §:n toisen virkkeen nojalla voidaan ottaa huomioon ensiaputoiminnan ja lääkärin valvonnassa suoritettavien potilaskuljetuksien sekä sairaankuljetuksien alalla, sekä odotettavissa olevat palvelusuoritteiden määrät suoriteajanjaksolla. Palvelun kustannuksiin kuuluvat erityisesti myös pelastustoiminnan lääkäripalvelujen kustannukset, – – sekä 8 momentissa tarkoitetut kustannukset, jotka aiheutuvat Baijerin pelastustoimen keskuslaskutusyksikön toiminnasta. Sosiaalivakuutuslaitosten on sovittava kussakin tapauksessa erikseen yksittäisten palvelujen suorittajien, yhteisten keskustoimistojen hallinnoijien sekä Baijerin pelastustoimen keskuslaskutusyksikön kanssa odotettavissa olevista kustannuksista käyttömaksun perusteena olevalta ajanjaksolta. Kustannuksista voidaan sopia budjetin muodossa. – –

(6) Jos 2 momentissa tarkoitettua käyttömaksuja koskevaa sopimusta tai 5 momentissa tarkoitettua sopimusta ei ole tehty käyttömaksujen perusteena olevaa ajanjaksoa edeltävän varainhoitovuoden marraskuun 30. päivään mennessä, odotettavissa olevien kustannusten ja käyttömaksujen suuruudesta on määrättävä välimiesmenettelyssä maksuja käsittelevässä välimieselimessä – –. Käyttömaksuja ei voida jälkikäteen muuttaa.

(7) Sosiaalivakuutuslaitosten kanssa sovitut tai lainvoimaisesti vahvistetut odotettavissa olevat kustannukset on katettava ensiaputoiminnasta sekä lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista perityillä käyttömaksuilla (tuloselvitys). Käyttömaksujen perusteena olevan ajanjakson päätyttyä jokaisen palvelujen suorittajan, yhteisen keskustoimiston jokaisen hallinnoijan ja Baijerin pelastustoimen keskuslaskutusyksikön on osoitettava todellisuudessa syntyneet kustannukset loppulaskelmassa sekä esitettävä niitä ja kustannuksia koskevaa sopimusta käsittelevä vertailu (kirjanpitoraportti). Mikäli todelliset kustannukset ja sosiaalivakuutuslaitosten kustannuksia koskevassa sopimuksessa hyväksymät odotettavissa olevat kustannukset poikkeavat toisistaan, kirjanpitoraportin lopputulos on käsiteltävä seuraavissa käyttömaksuja koskevissa neuvotteluissa; tulojen käsittelyä ei saada siirtää, jos palvelun suorittajan – – tai keskuslaskutusyksikön – – kustannuksista on sovittu budjetin muodossa.

(8) Baijerin pelastustoimen keskuslaskutusyksikön on oltava mukana 2–7 momentin ja 35 §:n täytäntöönpanossa, ja sen tehtävänä on erityisesti

1. toimia neuvonantajana 2 momentissa tarkoitettua käyttömaksuja koskevaa sopimusta ja 5 momentissa tarkoitettuja sopimuksia tehtäessä

2. laskea osallistujien odotettavissa olevien kustannusten ja julkisen pelastustoimen odotettavissa olevien suoritemäärien perusteella tarvittavat käyttömaksut ja ehdottaa niitä osapuolten sovittaviksi; tämä pätee myös käyttömaksujen tarvittavaan mukautukseen kuluvan varainhoitovuoden aikana

3. periä käyttömaksut julkisen pelastustoimen palveluista – – kustannuksista vastaavilta

4. tehdä tuloselvitys

5. maksaa palvelujen suorittamisesta aiheutuneita kustannuksia vastaavat summat pelastuspalvelun suorittajille – –

6. tarkastaa palvelujen suorittajien kirjanpitoraportin – – uskottavuus sekä kirjanpidon paikkansapitävyys

7. laatia tarkastettu loppulaskelma julkisesta pelastustoimesta.

Baijerin pelastustoimen keskuslaskutusyksikkö suorittaa palvelunsa tältä osin voittoa tavoittelematta. Kaikki osallistujat ovat velvollisia tukemaan Baijerin pelastustoimen keskuslaskutusyksikköä sen tehtävissä ja antamaan sille tätä tarkoitusta varten tarvittavat tiedot ja asiakirjat.

– –

48 §

Välimieselimet

– –

(3) Maksuja käsittelevä välimieselin koostuu puheenjohtajan lisäksi

1. maapelastustoimen käyttömaksuja koskevissa riidoissa kolmesta maapelastuspalvelujen suorittajia edustavasta ja kolmesta sosiaalivakuutuslaitoksia edustavasta jäsenestä – –

– –

(5) Välimieselimen puheenjohtajan ja varapuheenjohtajan nimittävät yhdessä julkisen pelastustoimen palvelun suorittajat, Baijerin sopimuslääkäreiden järjestö, saattajina toimivien lääkäreiden näkemysten huomioimisen varmistamiseksi nimetyt edustajat sekä sosiaalivakuutuslaitokset.

49 §

Pelastustoimiviranomaiset

(1) Tämän lain täytäntöön panevia viranomaisia – – ovat

1. sisäasiainministeriö ylimpänä pelastustoimiviranomaisena – –

53 §

Asetukset ja hallinnolliset määräykset

(1) Ylin pelastustoimiviranomainen voi asetuksella

– –

11. määrätä Baijerin pelastustoimen keskuslaskutusyksiköstä – –

– –”

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

5 Stadler suoritti pelastuspalveluja Passaun kuntayhtymälle Baijerissa 31.12.2008 asti, jolloin niiden välinen sopimus irtisanottiin. Se riitautti irtisanomisen Verwaltungsgerichtissä ja vaati jälkimmäistä määräämään välitoimena, että sopimusta jatkettaisiin pääasian ratkaisemiseen asti. Kaikki sen vaatimukset hylättiin.

6 Näiden oikeudenkäyntien aikana Passaun kuntayhtymä ilmoitti, että se tekisi ilman edeltävää hankintamenettelyä muiden yritysten kanssa ensin väliaikaiset sopimukset pelastuspalvelujen suorittamisesta ja että se tämän jälkeen tekisi lopullisen sopimuksen BayRGD:n 13 §:n 3 momentissa säädetyssä valintamenettelyssä.

7 Passaun kuntayhtymä teki väliaikaiset sopimukset Malteser Hilfsdienst eV:n ja Bayerisches Rotes Kreuzin kanssa.

8 Stadler moitti 17.12.2008 päivätyllä kirjeellä Passaun kuntayhtymän menettelyä ja valitti Vergabekammeriin (julkisista hankinnoista vastaava oikaisulautakunta), joka jätti valituksen tutkittavaksi ottamatta.

9 Stadler nosti tästä päätöksestä kanteen Oberlandesgericht Münchenissä.

10 Kansallisen tuomioistuimen mukaan oikeudenkäynnin kohteena on se, onko Baijerin riidanalainen palvelutoiminta luokiteltava palvelukonsessioiksi vai palveluja koskevaksi hankintasopimukseksi ja mitä oikeudellisia seurauksia tästä luokittelusta aiheutuu. Viimeksi mainittu riippuu direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdasta, jossa palvelukonsession käsite määritellään.

11 Väestön pelastuspalvelujen suorittamista koskevat sopimukset tehdään Passaun alueella hankintaviranomaisen, Passaun kuntayhtymän ja palvelujen suorittajan välillä niin kutsutun konsessiomallin mukaisesti.

12 Sosiaalivakuutuslaitos ja valittu palvelujen suorittaja sopivat keskenään pelastustoiminnan palveluista maksettavista käyttömaksuista. BayRGD:n 32 §:n toisen virkkeen mukaan käyttömaksujen on perustuttava liiketaloudellisten periaatteiden mukaisiin kustannuksiin, jotka vastaavat sääntöjenmukaisesta palvelujen suorittamisesta, taloudellisesta ja säästäväisestä liikkeenjohdosta sekä tehokkaasta organisaatiosta koituvia kustannuksia. Sovitut odotettavissa olevat kustannukset katetaan ensiaputoiminnasta sekä lääkärin valvonnassa suoritettavista potilaskuljetuksista ja sairaankuljetuksista kannettavilla maksuilla. Mikäli sosiaalivakuutuslaitos ja palvelujen suorittaja eivät pääse yksimielisyyteen maksujen suuruudesta, asia voidaan saattaa välimieselimen ratkaistavaksi ja kyseisen elimen päätökset voidaan riitauttaa hallintotuomioistuimessa.

13 Maksut valitulle palvelujen suorittajalle maksaa Baijerin sisäministerin nimeämä keskuslaskutusyksikkö, jonka kanssa palvelujen suorittajan on lain mukaan asioitava. Yksikkö maksaa korvauksen palvelujen suorittajalle viikoittaisina erinä tai kuukausierinä, ja nämä maksut perustuvat sellaiseen vuosittaiseen kokonaismäärään, joka on laskettu etukäteen todella suoritetuista pelastussuoritteista riippumatta. Jos vuoden lopulla ilmenee, etteivät maksut ole riittäneet kustannusten kattamiseen, asia on käsiteltävä seuraavissa sopimusneuvotteluissa.

14 Henkilöiden, joilla on yksityinen vakuutus tai joilla ei ole vakuutusta ja joiden määrä kansallisen tuomioistuimen mukaan on 10 prosenttia maksuvelvollisista, on maksettava sama käyttömaksu kuin henkilöiden, joilla on lakisääteinen vakuutus.

15 Kansallinen tuomioistuin korostaa, että Saksassa pelastuspalvelut voidaan suorittaa vaihtoehtoisella tavalla niin kutsutun hankintamallin mukaisesti. Tietyissä osavaltioissa, kuten Saksissa, pelastuspalveluista vastaava hankintaviranomainen maksaa korvauksen suoraan palvelujen suorittajalle. Pelastustoimesta vastaavat viranomaiset sopivat tästä korvauksesta sosiaalivakuutuslaitosten kanssa käymissään neuvotteluissa ja

maksavat sen tämän jälkeen pelastuspalvelujen suorittajille. Bundesgerichtshof on jo todennut tämän mallin palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi.

16 Saksin kaltaisten osavaltioiden soveltaman hankintamallin ja Baijerin kaltaisten osavaltioiden soveltaman konsessiomallin välinen ero on siinä, että ensin mainitussa tapauksessa pelastuspalveluista vastaava hankintaviranomainen neuvottelee laissa säädetyistä käyttömaksuista toisen hankintaviranomaisen (sosiaalivakuutuslaitos) kanssa ja että tämä sopimus sitoo palvelujen suorittajaa. Toisessa tapauksessa puolestaan palvelujen suorittaja sopii käyttömaksun määrästä toisen hankintaviranomaisen kanssa (sosiaalivakuutuslaitos).

17 Kansallinen tuomioistuin pohtii näin ollen, voiko pelkästään toisenlaisen neuvottelutavan valinta johtaa siihen, että yhdessä tapauksessa pelastuspalveluista on järjestettävä hankintamenettely, koska kyse on direktiivissä 2004/18 tarkoitetuista palveluhankintoja koskevista sopimuksista, ja että toisessa tapauksessa julkisiin palveluhankintoihin liittyviä sopimuksia koskevien sääntöjen soveltaminen voitaisiin sivuuttaa siksi, että sopimus on palvelukonsessio.

18 Kansallisen tuomioistuimen mukaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on lisäksi katsottu, että jotta kyseessä olisi konsessiosopimus silloin, kun ulkopuolinen maksaa korvauksen, on tarpeen, että sopimuskumppani ottaa kantaakseen kyseisiin palveluihin liittyvän liiketoiminnallisen riskin. Jos siis katsotaan, että palvelukonsession ja palveluhankintoja koskevan sopimuksen välisen eron todella ratkaisevana perusteena on se, että sopimuskumppani ottaa kantaakseen taloudellisen riskin, herää kysymys siitä, riittääkö minkä tahansa kaltaisen riskin kannettavaksi ottaminen, kunhan se riski, joka muuten kuuluisi hankintaviranomaiselle, on kokonaisuudessaan otettu kannettavaksi.

19 Tämä rajanveto on sitäkin vaikeampaa – kuten kansallinen tuomioistuin korostaa – koska konsessiomallissa palvelujen suorittaja kantaa vain vähäisen taloudellisen riskin.

20 Oberlandesgericht München on näin ollen päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko palvelujen (tässä tapauksessa pelastuspalvelujen) suorittamisesta tehtyä sopimusta, jonka mukaan hankintaviranomainen ei suorita maksua suoraan sopimuksen saajalle vaan

a) käyttömaksu suoritettavista palveluista vahvistetaan palvelujen suorittajan ja kolmansien osapuolten, jotka ovat omalta osaltaan hankintaviranomaisia (tässä tapauksessa sosiaalivakuutuslaitoksia), välisten neuvottelujen perusteella ja

b) mikäli yksimielisyyteen ei päästä, päätöksen tekee tätä varten nimitettävä välimieselin, jonka päätöksiä valtion tuomioistuimet valvovat, ja

c) maksusta eivät vastaa suoraan käyttäjät vaan keskuslaskutusyksikkö, jonka puoleen palvelujen suorittajan on lain mukaan käännyttävä ja joka suorittaa säännöllisesti maksuerät sopimuksen saajalle,

pelkästään tällä perusteella pidettävä direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuna palvelukonsessiona – eikä saman direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa tarkoitettuna julkisia palveluhankintoja koskevana sopimuksena?

2) Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan kieltävästi, onko palvelukonsessiosta kyse silloin, kun julkiseen palveluun liittyvä liiketoiminnallinen riski on vähäinen, koska

a) lain mukaan palvelujen käyttömaksujen on perustuttava liiketaloudellisten periaatteiden mukaan laskettuihin kustannuksiin, jotka vastaavat sääntöjenmukaisesta palvelujen suorittamisesta, taloudellisesta ja säästäväisestä liikkeenjohdosta sekä tehokkaasta organisaatiosta koituvia kustannuksia

b) käyttömaksut peritään maksukykyisiltä sosiaalivakuutuslaitoksilta ja

c) sopimuksen saajalle on varmistettu tietynlainen yksinoikeus liiketoiminnan harjoittamiseen sopimuksessa vahvistetulla alueella,

mutta sopimuksen saaja ottaa kokonaan kantaakseen kyseisen vähäisen riskin?”

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

21 Koska kansallisen tuomioistuimen esittämät kaksi kysymystä liittyvät toisiinsa, niitä on tarkasteltava yhdessä.

22 Aivan aluksi on todettava, että Passaun kuntayhtymän tekemät sopimukset, jotka liittyvät pelastuspalveluja koskevien sopimusten tekemiseen, on tehty niin kutsutun konsessiomallin mukaisesti. Kyseinen sopimuksentekomalli eroaa hankintamallista, joka on yksi julkisia palveluhankintoja koskevan sopimuksen tekotavoista (ks. vastaavasti asia C-160/08, komissio v. Saksa, tuomio 29.4.2010, Kok., s. I-3713, 131 kohta)

siinä, ettei korvausta konsessiomallissa maksa hankintaviranomainen, vaan se maksetaan palvelun käyttäjiltä perittävillä maksuilla keskuslaskutusyksikön välityksellä. Käyttömaksuista sovitaan sosiaalivakuutuslaitoksen ja Passaun kuntayhtymän valitseman palvelujen suorittajan kesken.

23 Tässä yhteydessä on muistutettava, että sitä, onko sopimus luokiteltava palvelukonsessioksi tai julkisia palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi vai ei, on arvioitava yksinomaan unionin oikeuden kannalta (ks. mm. asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007, Kok., s. I-6657, 31 kohta ja asia C-196/08, Acoset, tuomio 15.10.2009, Kok., s. I-9913, 38 kohta).

24 Direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a ja d alakohdassa ja 4 kohdassa olevia julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten ja palvelukonsession määritelmiä vertailtaessa käy ilmi, että julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten ja palvelukonsession välinen ero on palvelujen suorittamisesta saatavassa vastikkeessa. Palveluhankintoja koskeva sopimus sisältää vastikkeen, jonka hankintaviranomainen maksaa suoraan palvelun suorittajalle, vaikka tämä ei olisikaan ainoa maksettava vastike (ks. vastaavasti asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005, Kok., s. I-8585, 39 kohta ja em. asia komissio v. Italia, tuomion 33 ja 40 kohta), kun taas palvelukonsessiossa palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan oikeus hyödyntää palvelua tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä (ks. vastaavasti asia C-206/08, Eurawasser, tuomio 10.9.2009, Kok., s. I-8377, 51 kohta).

25 Palveluja koskevan sopimuksen tapauksessa se seikka, ettei hankintaviranomainen maksa korvausta suoraan sopimuskumppanille vaan tällä on oikeus saada korvaus kolmansilta, on direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa säädetyn vastikkeen vaatimuksen mukainen (ks. em. asia Eurawasser, tuomion 57 kohta).

26 Vaikka korvaustapa onkin yksi ratkaisevista tekijöistä palvelukonsessioksi luokittelun näkökulmasta, oikeuskäytännöstä ilmenee lisäksi, että palvelukonsessio edellyttää sitä, että konsessionsaaja ottaa kantaakseen kyseisiin palveluihin liittyvän liiketoiminnallisen riskin, ja että jos palvelutoimintaan liittyvää riskiä ei siirretä palvelun suorittajalle, kyseinen toimenpide on palveluhankintaa koskeva sopimus eikä palvelukonsessio (ks. em. asia Eurawasser, tuomion 59 ja 68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

27 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, ettei pelastuspalvelun suorittajan korvausta maksa kyseisen sopimuksen myöntänyt hankintaviranomainen, vaan se maksetaan käyttömaksuilla, jotka sillä on Baijerin lain mukaan oikeus vaatia niiltä sosiaalivakuutuslaitoksilta, joiden vakuutuksenottajat ovat käyttäneet pelastuspalveluja, tai tällaisia palveluja saaneilta henkilöiltä, joilla on yksityinen vakuutus tai joilla ei ole vakuutusta.

28 Se seikka, ettei pelastuspalvelujen suorittaja yksipuolisesti määritä käyttömaksujen suuruutta vaan että se määritetään itse hankintaviranomaisina toimivien sosiaalivakuutuslaitosten kanssa tehtävissä sopimuksissa (ks. vastaavasti asia C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, tuomio 11.6.2009, Kok., s. I-4779, 40–59 kohta) ja etteivät näiden palvelujen käyttäjät maksa näitä maksuja suoraan sopimuksen saaneelle vaan että ne maksaa keskuslaskutusyksikkö, jonka tehtävänä on periä ja välittää nämä maksut säännöllisinä erinä, ei vaikuta tähän toteamukseen. On nimittäin joka tapauksessa niin, että kaikki palvelujen suorittajan saamat korvaukset ovat peräisin muilta henkilöiltä kuin sille sopimuksen myöntäneeltä hankintaviranomaiselta.

29 Jotta direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitetun palvelukonsession voitaisiin katsoa olevan olemassa pääasian kaltaisessa asiassa, on vielä tarkistettava, onko sovitussa korvaustavassa otettu huomioon palvelun suorittajan oikeus hyödyntää palvelua, ja aiheutuuko siitä se, että se ottaa kantaakseen tähän palveluun liittyvän liiketoiminnallisen riskin. Vaikka riski voi tietysti jo alun alkaen olla hyvin vähäinen,

palvelukonsession olemassaolon toteamiseksi on tarpeen, että hankintaviranomainen siirtää konsessionsaajalle tähän toimintaan liittyvän riskin täysimääräisesti tai ainakin pääosin (ks. vastaavasti em. asia Eurawasser, tuomion 77 ja 80 kohta).

30 Passaun kuntayhtymä on nyt käsiteltävässä asiassa BayRDG:n 4 §:n 1 momentin mukaisesti siirtänyt kokonaisuudessaan useiksi vuosiksi sen tehtäviin kuuluneiden pelastuspalvelujen teknisen, hallinnollisen ja taloudellisen toimeenpanon sopimuksen saajille.

31 Sopimuksen saajien tehtäviin kuuluu näin sopimuksessa ja BayRDG:ssä vahvistettujen ehtojen mukaisesti hoitaa pelastuspalvelut Passaun kuntayhtymän hallinnollisella alueella.

32 Stadler riitauttaa toteamuksen, jonka mukaan Passaun kuntayhtymä olisi tällä toimenpiteellä siirtänyt myös kyseisiin palveluihin liittyvän liiketoiminnallisen riskin sopimusten saajille.

33 Tästä on syytä muistuttaa, että kun palvelujen suorittaja saa korvausta yksinomaan kolmansilta, jo se, että hankintaviranomainen siirtää ”hyvin vähäisen” liiketoiminnallisen riskin, riittää siihen, että palvelukonsession voidaan todeta olevan olemassa (ks. em. asia Eurawasser, tuomion 77 kohta).

34 On nimittäin tavallista, että tietyt toiminta-alat, kuten erityisesti pääasiassa kyseessä olevan kaltaisiin peruspalveluihin liittyvä ala, ovat sellaisen sääntelyn kohteena, jonka vuoksi taloudelliset riskit voivat olla rajoitettuja. Täysin vilpittömässä mielessä toimivien hankintaviranomaisten on voitava muun muassa päättää hankkia palvelut

konsessiolla, jos ne katsovat sen olevan paras tapa hoitaa kyseinen julkinen palvelu, ja ne voivat menetellä näin, vaikka liiketoimintaan liittyvä riski olisikin hyvin vähäinen (ks. em. asia Eurawasser, tuomion 72 ja 74 kohta).

35 Hankintaviranomaisella ei näillä aloilla ole minkäänlaista vaikutusvaltaa palvelun järjestämiseen sovellettaviin julkisoikeudellisiin yksityiskohtaisiin sääntöihin eikä siis siirrettävän riskin suuruuteen, eikä olisi kohtuullista vaatia, että konsession myöntävä julkinen viranomainen loisi tiukemman kilpailutilanteen ja suuremman taloudellisen riskin kuin ne, jotka vallitsevat kyseisellä alalla siihen sovellettavan lainsäädännön perusteella (ks. em. asia Eurawasser, tuomion 75 ja 76 kohta).

36 On myös tärkeää täsmentää, ettei unionin tuomioistuimen tehtävänä ole konkreettisesti luokitella pääasiassa kyseessä olevaa liiketoimea. Unionin tuomioistuimen rooli rajoittuu siihen, että se antaa kansalliselle tuomioistuimelle unionin oikeudesta tulkinnan, joka on hyödyllinen kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi kuuluvan päätöksen tekemisen kannalta asiassa, joka on saatettu sen käsiteltäväksi (ks. em. asia Parking Brixen, tuomion 32 kohta). Sopimuksen konkreettinen luokittelu kuuluu kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan, ja sen on tarkistettava, vastaavatko todetut olosuhteet unionin tuomioistuimen asettamia yleisiä arviointiperusteita.

37 Tässä yhteydessä on todettava, että palveluun liittyvä liiketoiminnallinen riski on ymmärrettävä riskinä altistua markkinoiden epävarmuustekijöille (ks. vastaavasti em. asia Eurawasser, tuomion 66 ja 67 kohta), ja se voi ilmetä muiden toimijoiden kilpailusta aiheutuvana riskinä, riskinä, joka aiheutuu siitä, etteivät palvelujen kysyntä ja tarjonta vastaa toisiaan, riskinä, joka aiheutuu siitä, että ne, joiden on maksettava hinta suoritetuista palveluista, ovat maksukyvyttömiä, riskinä, joka aiheutuu siitä, ettei tuloilla saada kokonaan katetuiksi toimintakustannuksia, tai vielä palvelun puutteellisuuteen perustuvasta vastuusta aiheutuvana riskinä (ks. vastaavasti asia C-234/03,

Contse ym., tuomio 27.10.2005, Kok., s. I-9315, 22 kohta ja em. asia Hans & Christophorus Oymanns, tuomion 74 kohta).

38 Riskeillä, jotka aiheutuvat taloudellisen toimijan huonosta liikkeenhoidosta tai sen tekemistä arviointivirheistä, ei sitä vastoin ole merkitystä, kun sopimusta luokitellaan julkisia hankintoja koskevaksi sopimukseksi tai palvelukonsessioksi, koska nämä riskit liittyvät olennaisesti kaikkiin sopimuksiin, koskevatpa ne julkista palveluhankintaa tai palvelukonsessiota.

39 Pääasiassa on syytä muistuttaa ensinnäkin, ettei pelastuspalvelujen suorittaja päätä yksipuolisesti käyttömaksuista, vaan niistä sovitaan sosiaalivakuutuslaitosten kanssa tehtävillä sopimuksilla neuvotteluissa, jotka on pidettävä joka vuosi. Nämä neuvottelut, joiden lopputulos on vain osittain ennakoitavissa, aiheuttavat riskin siitä, että palvelun suorittajaan kohdistetaan sopimuksen voimassaolon aikana vaatimuksia. Nämä vaatimukset voivat aiheutua muun muassa siitä, että neuvotteluissa tai välimiesmenettelyssä on tarpeen tehdä käyttömaksujen suuruutta koskevia sovitteluratkaisuja.

40 Kun otetaan huomioon se kansallisenkin tuomioistuimen korostama seikka, että koska sosiaalivakuutuslaitokset, joiden kanssa sopimuksen saajalla on velvollisuus käydä nämä neuvottelut, pitävät lakiin perustuvien velvollisuuksiensa vuoksi tärkeänä, että käyttömaksut vahvistetaan niin pieniksi kuin mahdollista, kyseinen sopimuksen saaja kantaa näin riskin siitä, etteivät kyseiset maksut riitä kattamaan kaikkia sen toimintakustannuksia.

41 Palvelujen suorittaja ei voi varautua tällaisten mahdollisuuksien varalta kieltäytymällä jatkamasta toimintaansa, koska tällöin se ei voisi poistaa tekemiään investointeja ja koska sen päätöksestä purkaa sopimus ennenaikaisesti saattaisi aiheutua sille

oikeudellisia seurauksia. Pelastuspalveluihin erikoistuneella yrityksellä on joka tapauksessa vain vähäinen joustavuus kuljetusmarkkinoilla.

42 Toiseksi BayRDG:stä ilmenee, ettei sillä taata toimijan kustannusten kattamista kokonaisuudessaan.

43 Jos toimijan todelliset kustannukset tietyn ajanjakson aikana ylittävät käyttömaksujen laskennassa perustana käytetyt arvioidut kustannukset, kyseisen toimijan tilanne voi olla tappiollinen ja sen on ehkä rahoitettava tappiot ensin omin varoin. On totta, että pelastuspalvelujen kysyntä voi vaihdella.

44 Jos todellisten kustannusten ja sosiaalivakuutuslaitosten hyväksymien odotettavissa olevien kustannusten välillä on eroja, kirjanpitoraportin lopputulos käsitellään lisäksi vasta seuraavissa neuvotteluissa, mikä merkitsee sitä, ettei sosiaalivakuutuslaitoksilla ole velvollisuutta korvata mahdollista tappiota seuraavan vuoden aikana eikä näin taata täyttä korvausta.

45 Tähän on lisättävä, että vaikka kustannuksista sovitaan budjetin muodossa, yrityksen positiivista tai negatiivista tulosta ei voida mitenkään siirtää seuraavalle tilikaudelle.

46 Kolmanneksi sopimuksen saaja kantaa tietyssä määrin riskin käyttömaksun maksamiseen velvollisten henkilöiden laiminlyönnistä. On totta, että sosiaalivakuutuslaitokset ovat vakuuttaneet suurimman osan palvelujen käyttäjistä, mutta ei aivan vähäinen osa käyttäjistä on henkilöitä, joilla ei ole vakuutusta tai joilla on yksityinen vakuutus. Vaikka keskuslaskutusyksikkö huolehtiikin saatavien teknisestä perinnästä

viimeksi mainituilta, se ei ota vastattavakseen vakuutusta vailla olevilta henkilöiltä tai henkilöiltä, joilla on yksityinen vakuutus, olevia saatavia eikä se takaa, että nämä henkilöt todellisuudessa maksavat käyttömaksut. Unionin tuomioistuimelle annettujen tietojen mukaan tällä yksiköllä ei ole viranomaisen toimivaltuuksia.

47 Lopuksi on syytä todeta, että kansallisen tuomioistuimen antamien tietojen perusteella BayRDG:n mukaan ei ole mahdotonta, että useat toimijat voisivat tarjota palvelujaan samalla alueella. Passaun kuntayhtymä on näin tehnyt sopimukset kahden palvelun suorittajan kanssa.

48 Esitettyihin kysymyksiin on näin ollen vastattava siten, että silloin, kun sopimuksen saaneen taloudellisen toimijan korvauksen maksavat kokonaisuudessaan muut henkilöt kuin pelastuspalvelusopimuksen myöntänyt hankintaviranomainen ja kun kyseinen taloudellinen toimija kantaa – vaikka hyvin vähäisenkin – liiketoiminnallisen riskin, joka aiheutuu muun muassa siitä, että palvelujen käyttömaksujen suuruus riippuu vuosittain kolmansien kanssa käytävien neuvottelujen lopputuloksesta ja ettei ole etukäteen varmaa, saako se täyden korvauksen kansallisessa oikeudessa säädettyjen periaatteiden mukaisesti suorittamistaan toiminnoista aiheutuvista kustannuksista, kyseistä sopimusta on pidettävä direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuna palvelukonsessiona.

49 Tähän on syytä lisätä, että vaikka palvelukonsessioita ei tosin unionin oikeuden nykytilassa säännellä millään niistä direktiiveistä, joilla unionin lainsäätäjä on säännellyt julkisten hankintojen alaa, tällaisia sopimuksia tekevien viranomaisten on kuitenkin noudatettava EUT-sopimuksen perustavanlaatuisia määräyksiä ja etenkin SEUT 49 ja SEUT 56 artiklaa samoin kuin niistä johtuvaa avoimuusvelvoitetta, jos kyseiseen sopimukseen liittyy varma rajat ylittävä intressi, minkä tarkistaminen on kansallisen tuomioistuimen tehtävä (ks. vastaavasti asia C-91/08, Wall, tuomio 13.4.2010, Kok., s. I-2815, 33 ja 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

Oikeudenkäyntikulut

50 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely unionin tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä unionin tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (kolmas jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 2 kohdan d alakohtaa ja 4 kohtaa on tulkittava siten, että silloin, kun sopimuksen saaneen taloudellisen toimijan korvauksen maksavat kokonaisuudessaan muut henkilöt kuin pelastuspalvelusopimuksen myöntänyt hankintaviranomainen ja kun kyseinen taloudellinen toimija kantaa – vaikka vähäisenkin – liiketoiminnallisen riskin, joka aiheutuu muun muassa siitä, että palvelujen käyttömaksujen suuruus riippuu vuosittain kolmansien kanssa käytävien neuvottelujen lopputuloksesta ja ettei ole etukäteen varmaa, saako se täyden korvauksen kansallisessa oikeudessa säädettyjen periaatteiden mukaisesti suorittamistaan toiminnoista aiheutuvista kustannuksista, kyseistä sopimusta on pidettävä direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuna palvelukonsessiona.

Allekirjoitukset