FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. MAZÁK fremsat den 9. september 2010[1]

1. I nærværende sag skal Domstolen på ny udtale sig om de kriterier, der anvendes til sondring mellem koncessionskontrakter om tjenesteydelser og offentlige tjenesteydelseskontrakter.

2. De præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Oberlandesgericht München (Tyskland), har følgende ordlyd:

»1) Skal en kontrakt om tjenesteydelser (i dette tilfælde vedrørende redningstjenesteydelser), hvorefter den ordregivende myndighed ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til leverandøren, men

a) vederlaget for de ydelser, der skal præsteres, fastsættes ved forhandling mellem leverandøren og tredjemand, som selv er ordregivende myndigheder (i dette tilfælde socialsikringsinstitutioner)

b) såfremt der ikke opnås enighed, træffes afgørelsen af en dertil indrettet voldgiftsinstans, hvis afgørelse er undergivet almindelig domstolsprøvelse, og

c) vederlaget ikke betales direkte af brugerne, men af et centralt afregningskontor, som leverandøren ifølge lov er forpligtet til at benytte, ved regelmæssige, ratevise betalinger til leverandøren,

alene af denne grund anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i henhold til artikel 1, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter[2] til forskel fra en tjenesteydelseskontrakt i henhold til direktivets artikel 1, stk. 2, litra a) og d)?

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EUT L 134, s. 114.

2) Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, foreligger der da en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, når den driftsrisiko, der er forbundet med den offentlige tjenesteydelse, er begrænset, fordi

   a) vederlaget for ydelserne i henhold til lov skal fastsættes på grundlag af forventede omkostninger, der i overensstemmelse med driftsøkonomiske principper afspejler en behørig præstation af ydelsen, en rentabel og økonomisk forvaltning samt en effektiv organisation

   b) vederlaget betales af solvente socialsikringsinstitutioner

   c) der sikres en vis eneret til udnyttelsen i det distrikt, der er fastsat ved kontrakten,

   men leverandøren fuldt ud påtager sig den begrænsede risiko?«

3. Domstolens besvarelse af spørgsmålene skal bistå den forelæggende ret med at afsige dom i en kæresag, der er indledt af Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (herefter »virksomheden Stadler«) til prøvelse af en afgørelse truffet af Vergabekammer, Südbayern (myndigheden for offentlige kontrakter), hvorved denne myndighed afskar klageren fra en realitetsprøvelse i en klagesag rejst af virksomheden Stadler, vedrørende den fremgangsmåde ved indgåelse af tjenesteydelseskontrakter om redningstjenester, der blev fulgt af Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (kommunal sammenslutning med ansvar for redningstjenester og brandalarm i Passau, herefter »Passau«) i henhold til Bayerisches Rettungsdienstgesetz (lov om redningstjenester for delstaten Bayern, herefter »BayRDG«), eftersom ydelsen af redningstjenester udgør en koncessioneret tjeneste, der ikke er omfattet af lovgivningen om indgåelse af kontrakter.

4. Ifølge Stadler, der har udført redningstjenester for Passau indtil den 31. december 2008 [3], udgør den berørte kontrakt ikke en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i henhold til artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18, men en offentlig tjenesteydelseskontrakt i henhold til nævnte direktivs artikel 1, stk. 2, litra a) og d).

5. Derimod finder Passau, indstævnte i hovedsagen, og to i hovedsagen deltagende parter, Malteser Hilfsdienst eV og Bayerisches

3 — Kontrakterne, der blev indgået mellem Stadler og Passau, er på sidstnævntes foranledning blevet opsagt. Det ser ud til, at opsigelsen af kontrakterne hænger sammen med BayRDG, der trådte i kraft den 1.1.2009, og nærmere betegnet med dennes § 13, stk. 1, som indeholder en liste over de organisationer, der har førsteprioritet til overdragelsen af redningstjenester.

Rotes Kreuz [4], at de omhandlede kontrakter udgør en koncessioneret tjeneste.

6. Ud over parterne i hovedsagen har Forbundsrepublikken Tyskland, Den Tjekkiske Republik og Europa-Kommissionen afgivet skriftlige indlæg. Kongeriget Sverige og de sidstnævnte afgav med undtagelse af Tjekkiet mundtlige indlæg i retsmødet den 24. juni 2010.

Nationale retsregler

7. På området for offentlige redningstjenester i Tyskland indgår de lokale myndigheder i deres egenskab af myndigheder, der er ansvarlige for organiseringen af disse tjenesteydelser, kontrakter med tjenesteudbydere med henblik på at levere de nævnte tjenesteydelser til fordel for den samlede befolkning i deres område.

8. Hvad angår vederlaget for de pågældende tjenesteydelser eksisterer der to forskellige modeller i de forskellige delstater. Ifølge den første, den såkaldte »submissionsmodel«, betaler den lokale organisation [5] direkte. Ifølge den anden, den såkaldte »koncessionsmodel«, opkræver redningstjenesteyderen for sine tjenester selv et beløb hos patienterne eller socialsikringsinstitutionerne.

9. Delstaten Bayern, hvor hovedsagen hører hjemme, har valgt koncessionsmodellen. Redningstjenester, herunder akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport, sygetransport, bjerg- og huleredning samt redning til vands er i Bayern omfattet af BayRDG, der trådte i kraft den 1. januar 2009.

10. Hvad angår de akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport fastsætter § 13, stk. 1 og 2, i BayRDG, at den kommunale sammenslutning skal overgive udførelsen af redningstjenester og brandalarm til hjælpeorganisationer som Bayerisches Rotes Kreuz, Arbeiter-Samariter-Bund (foreningen af nødhjælpsarbejdere), Malteserhilfsdienst (Malteserordenens hjælpeorganisation) eller Johanitter-Unfall-Hilfe (frivillige arbejdere). Det er alene i tilfælde,

4 — Det drejer sig om organisationer, med hvem Passau efter opsigelsen af kontrakterne med Stadler har indgået tjenesteydelseskontrakter om redningstjenester.

5 — Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Bundesgerichtshof (den tyske højesteret) allerede har truffet afgørelse om, at submissionsmodellen svarer til en tjenesteydelsesaftale. På grundlag af Domstolens dom af 29.4.2010, sag C-160/08, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3713, kan det konstateres, at Domstolen er af samme opfattelse.

hvor hjælpeorganisationerne ikke er villige til eller ikke er i stand til at påtage sig opgaven, at den kommunale sammenslutning overdrager udførelsen af redningstjenesten og brandalarmen på landjorden til tredjemand eller varetager udførelsen selv eller via sammenslutningens medlemmer.

11. Ifølge ordlyden af § 13, stk. 4, i BayRDG reguleres retsforholdet vedrørende redningstjenesten og brandalarmen mellem den kommunale sammenslutning og den, der får overdraget udførelsen af redningstjenesten, ved offentligretlig aftale.

12. § 21 i BayRDG fastsætter, at enhver udførelse af akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport eller sygetransport kræver godkendelse. I henhold til § 24, stk. 2, i BayRDG skal en sådan godkendelse meddeles, når der fremlægges en offentligretlig aftale i overensstemmelse med § 13, stk. 4, i samme lov.

13. § 32 i BayRDG bestemmer, at vederlag for brugen af redningstjenesteydelserne, herunder lægelig medvirken, fastsættes på grundlag af forventede omkostninger, der i overensstemmelse med driftsøkonomiske principper afspejler en behørig præstation af ydelsen, en rentabel og økonomisk forvaltning samt en effektiv organisation.

14. Vederlag for akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport er underlagt § 34 i BayRDG, der er affattet som følger:

»[…]

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

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

(4) Udgifterne til akutte redningsopgaver, lægeledsaget patienttransport og sygetransport skal fordeles efter ensartede kriterier mellem deltagerne. De vederlag, der er aftalt med socialsikringsinstitutionerne, skal afregnes af den, der udfører ydelsen, også i forhold til alle

andre personer og institutioner, der benytter offentlige redningstjenesteydelser.

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

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

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

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

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

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

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

4. forestår indtægtsudligning.[…]

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

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

7. udfærdiger et revideret regnskab for den offentlige redningstjeneste.

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

15. Sammensætningen af den kompetente voldgiftsinstitution vedrørende vederlag er fastsat i § 48 i BayRDG. Ifølge denne paragraf omfatter voldgiftsinstitutionen i sager om vederlag for redning til lands tre medlemmer for leverandører af landredningsydelser og tre medlemmer for socialsikringsinstitutionerne samt formanden, der er udpeget i fællesskab af leverandørerne af den offentlige redningstjeneste, foreningen af sygekasselæger i Bayern, de ansvarlige for medvirken af ledsagelæger og af socialsikringsinstitutionerne.

16. § 53 i BayRDG bemyndiger den øverste redningstjenestemyndighed, dvs. Delstaten

Bayerns indenrigsministerium, til at træffe bestemmelse om det centrale afregningskontor for redningstjenesten i Bayern ved bekendtgørelse.

Bedømmelse

17. Den forelæggende ret skal fastslå, om kontrakterne, der er indgået ifølge koncessionsmodellen, skal kvalificeres som koncessionskontrakter om tjenesteydelser eller, trods benævnelsen af den pågældende model, som tjenesteydelsesaftaler. Herved må det påpeges, at dette spørgsmål skal vurderes udelukkende i forhold til EU-retten [6], dvs. på baggrund af definitionerne af betegnelserne »offentlige kontrakter«, »offentlige tjenesteydelseskontrakter« og »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« i artikel 1, stk. 2, litra a) og d), samt stk. 4, i direktiv 2004/18 og på baggrund af Domstolens praksis herom.

18. Henset til, at artikel 17 i direktiv 2004/18 udelukker anvendelsen af direktivet på koncessionskontrakter om tjenesteydelser, har kvalificeringen af de omhandlede kontrakter betydning for fremgangsmåden for deres indgåelse. Koncessionskontrakter om tjenesteydelser er på EU-rettens nuværende udviklingstrin derfor ikke omfattet af nogen af de direktiver, der er vedtaget af EU-lovgiver med henblik på regulering af området for offentlige kontrakter, men offentlige myndigheder, der indgår sådanne kontrakter, skal imidlertid overholde EF-traktatens grundlæggende regler, herunder især artikel 43 EF og 49 EF, samt den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed [7].

19. Jeg vil i den henseende gerne understrege, at det ikke i forbindelse med den præjudicielle procedure tilkommer Domstolen, men den nationale ret at kvalificere kontrakterne, der er indgået ifølge den såkaldte koncessionsmodel. Domstolens opgave består i — ved besvarelsen af de to præjudicielle spørgsmål, der er tæt forbundne, og som efter min mening bør undersøges samlet — at forklare og præcisere de kriterier, der kan anvendes med henblik på denne kvalificering [8].

20. Det skal indledningsvis bemærkes, at den foreliggende sags præjudicielle spørgsmål ligner dem, der blev forelagt i den sag, som førte til Domstolens dom af 10. september 2009, Eurawasser [9]. I begge sager har den forelæggende ret i det væsentlige behandlet spørgsmålet, dels om det forhold, at tjenesteyderen ikke modtager vederlaget direkte fra

6 — Jf. Domstolens dom af 18.7.2007, sag C-328/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 31, og af 15.10.2009, sag C-196/08, Acoset, Sml. I, s. 9913, præmis 38.

7 — Jf. Domstolens dom af 13.4.2010, sag C-91/08, Wall, Sml. I, s. 2815, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis.

8 — Jf. i denne retning Domstolens dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 32.

9 — Sag C-206/08, Sml. I, s. 8377.

den offentlige myndighed, vedkommende har indgået kontrakt med, i sig selv indebærer, at kontrakten skal kvalificeres som en koncessioneret tjeneste, dels om det er afgørende i forhold til kvalificeringen, at den driftsrisiko, der er forbundet med tjenesteydelsen i den omhandlede kontrakt, og som påhviler leverandøren, oprindeligt er begrænset, dvs. også i tilfælde af at tjenesteydelsen leveres af den pågældende offentlige myndighed selv.

21. De præjudicielle spørgsmål kan således henføres til to kriterier, som Domstolen anvender for at sondre mellem en koncessionskontrakt om tjenesteydelser og en tjenesteydelseskontrakt. Det drejer sig for det første om »fraværet af direkte vederlag« til en tjenesteyder, dvs. vederlaget udbetales ikke af den offentlige myndighed, der har tildelt retten til at udføre den pågældende tjenesteydelse, men af tredjemand, og for det andet om »påtagelsen af driftsrisikoen forbundet med den pågældende tjenesteydelse«.

22. Domstolen har forklaret sammenhængen mellem de to kriterier i Parking Brixen-dommen [10], hvori den fastslog, at fraværet af direkte vederlag til tjenesteyderen indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenester, hvilket er kendetegnende for en offentlig tjenesteydelseskoncession.

10 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 40.

23. I sin dom i sagen Kommissionen mod Italien [11] har Domstolen i overensstemmelse med definitionen af betegnelsen »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« i direktiv 2004/18 erstattet kriteriet om fravær af direkte vederlag med kriteriet om »vederlag som tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse«. Ved anvendelse af dette kriterium fastslog Domstolen, at der er tale om en tjenesteydelseskoncession, når den aftalte godtgørelsesform består i en ret til at udnytte tjenesteydelsen, og når tjenesteyderen påtager sig risikoen forbundet med driften af de omhandlede tjenesteydelser. Domstolen har senest bekræftet denne praksis i Acoset-dommen [12].

24. I Eurawasser-dommen [13] vendte Domstolen tilbage til kriteriet om fravær af direkte vederlag, idet den forklarede, at den omstændighed, at tjenesteyderen godtgøres ved betalinger fra en tredjepart, udgør en af de former, som udøvelsen af tjenesteyderens ret til at udnytte denne tjenesteydelse kan antage.

25. Efter min opfattelse tillader Domstolens ovennævnte konstateringer at fastslå, at kriteriet om fravær af direkte vederlag har afgørende betydning for kvalificeringen af en kontrakt om tjenesteydelseskoncession, henset til, at fravær af direkte vederlag til

11 — Nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 34.
12 — Nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 39.
13 — Nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 53.

tjenesteyderen ifølge Domstolen er en af de former, som udøvelsen af tjenesteyderens ret til at udnytte denne tjenesteydelse kan antage, og som samtidigt indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenester [14].

26. Jeg når til samme konklusion, hvis samspillet mellem definitionen af betegnelserne offentlig tjenesteydelseskontrakt og koncessionskontrakt om tjenesteydelser indeholdt i direktiv 2004/18 tages i betragtning. Disse betegnelser omfatter alle kontrakter om tjenesteydelser, der indgås af offentlige myndigheder. Det følger heraf, at hvis den omhandlede kontrakt ikke er en offentlig tjenesteydelseskontrakt, må den nødvendigvis være en koncessionskontrakt om tjenesteydelser og omvendt. Når Domstolen følgelig gentagne gange har erklæret, at et vederlag, som betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen, udgør kriteriet for definitionen af en offentlig tjenesteydelseskontrakt [15], betyder fraværet af en sådan form for vederlag nødvendigvis, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

27. Sammenfattende indebærer fraværet af direkte vederlag til tjenesteyderen, således som de tidligere nævnte domme viser, at den omhandlede tjenesteydelseskontrakt skal kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

28. Omvendt indebærer et direkte vederlag til tjenesteyderen ved betaling fra den pågældende offentlige myndighed ikke nødvendigvis, at der foreligger en offentlig tjenesteydelseskontrakt. Det følger af Domstolens konstatering af, at indirekte vederlag er »en af de former«, som udøvelsen af tjenesteyderens ret til at udnytte tjenesteydelsen kan antage [16], at der også eksisterer andre former, som udøvelsen af retten til at udnytte tjenesteydelsen kan antage. Det er forklaringen på, hvorfor Domstolen i dommen af 27. oktober 2005 i sagen Contse m.fl. [17], i sagen Kommissionen mod Italien [18] og af 11.juni 2009 i sagen Hans & Christophorus Oymanns [19] undersøgte, om de omhandlede kontrakter kunne udgøre tjenesteydelseskoncessioner, selv om tjenesteyderne blev betalt et direkte vederlag af de pågældende offentlige myndigheder.

29. I de nævnte domme har Domstolen udpeget de »subsidiære kriterier«, på grundlag af hvilke det kan konkluderes — hvis der betales direkte vederlag — at tjenesteyderen har

14 — Der findes endvidere i Domstolens praksis domme, hvori vederlagets indirekte karakter i sig selv har været tilstrækkeligt til, at Domstolen har fastslået, at den omhandlede kontrakt udgjorde en tjenesteydelseskoncession. Det drejer sig f.eks. om Domstolens dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 16, og af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 24.

15 — Jf. i denne retning Acoset-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 39, Eurawasser-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 51, og Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 39.

16 — Eurawasser-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 53.

17 — Sag C-234/03, Sml. I, s. 9315.

18 — Nævnt oenfor i fodnote 6.

19 — Sag C-300/07, Sml. I, s. 4779.

påtaget sig driftsrisikoen forbundet med den pågældende tjenesteydelse, som f.eks. kriteriet om overdragelse af ansvaret for enhver skade, der påføres som følge af mangler ved den pågældende tjenesteydelse [20] eller kriteriet om, at man råder over en vis økonomisk frihed til at fastsætte betingelserne for retten til udnyttelse af en bestemt tjenesteydelse [21]. Endvidere har Domstolen præciseret — uden overhovedet at ville gøre det udtømmende — hvilke omstændigheder der ikke er afgørende for kvalificeringen af de pågældende aftaler, herunder aftalernes løbetid, at tjenesteyderen ved gennemførelsen af aftalerne i begyndelsen skal foretage væsentlige investeringer, eller at tjenesteyderen har en udstrakt grad af uafhængighed i udførelsen af tjenesteydelserne [22].

30. Det må dog fastslås, at de »subsidiære kriterier« alene er blevet anvendt, hvor der har foreligget et direkte vederlag til tjenesteyderen. Det kunne føre til den konklusion, at fraværet af direkte vederlag til tjenesteyderen udgør et fyldestgørende kriterium til kvalificering af en kontrakt som tjenesteydelseskoncession.

31. I sagen her er det tydeligt, at den pågældende leverandør af redningstjenester ikke betales af den offentlige myndighed, der har tildelt tjenesteydelsen, men af tredjemand, dvs. socialsikringsinstitutioner, privatforsikrede og ikke-forsikrede personer [23].

32. Med forbehold af den forelæggende rets nærmere undersøgelse formoder jeg, at selv om socialsikringsinstitutionerne kan anses for at være ordregivende myndighed som defineret i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18, er disse tilstrækkeligt særskilte og uafhængige i forhold til den offentlige myndighed, der har tildelt den pågældende tjenesteydelse, til at kunne fastslå, at der er tale om betaling af et vederlag til tjenesteyderen »fra tredjemand« [24].

33. Det særlige ved nærværende sag består i den omstændighed, at de enheder, der skal betale de leverede ydelser, dvs. socialsikringsinstitutionerne, de privatforsikrede og de ikke-forsikrede personer, ikke betaler vederlaget direkte til leverandøren af redningstjenesten, men til det centrale afregningskontor for redningstjenesten i Bayern. Det skal derfor vurderes, om denne omstændighed har nogen betydning for konstateringen af, at

20 — Dommen i sagen Contse m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 22.

21 — Dommen i sagen Hans & Christophorus Oymanns, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 71.

22 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 42 og 44.

23 — Parterne i hovedsagen er enige om at bekræfte, at ca. 10% af brugsrettighederne stammer fra privatforsikrede og ikke-forsikrede personer.

24 — Socialsikringsinstitutionerne indgik ligeledes i den sag, der førte til Hans & Christophorus Oymanns-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19. Mens disse i den pågældende sag var at anse for offentlige myndigheder, der havde tildelt den pågældende tjenesteydelse og samtidig betalt det skyldige vederlag for tjenesteydelsen, begrænser socialsikringsinstitutionerne sig i nærværende sag til at betale vederlaget for de leverede ydelser.

fraværet af direkte vederlag udgør et fyldestgørende kriterium for kvalificeringen af den omhandlede kontrakt som en koncessioneret tjeneste.

34. Jeg finder, at dette spørgsmål bør besvares benægtende. Den omstændighed, at en »mellemmand« befinder sig i et led mellem tjenesteyderen og betaleren af den nævnte tjenesteydelse, sår ikke på nogen måde tvivl om den anden konstatering af, at tjenesteyderen ikke modtager et direkte vederlag fra den offentlige myndighed, der har tildelt retten til at udføre den pågældende tjenesteydelse, især ikke når den offentlige myndighed ikke har nogen indflydelse på betalingerne.

35. Jeg fremsætter således forslag til afgørelse om, at fraværet af direkte vederlag til tjenesteyderen fra den offentlige myndighed, der har tildelt retten til at udføre den omhandlede tjenesteydelse, udgør et fyldestgørende kriterium til kvalificering af den omhandlede kontrakt som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Det er i den henseende ikke vigtigt at vide for det første, hvem der betaler vederlaget for de leverede ydelser, hvis det drejer sig om en institution, som er tilstrækkeligt særskilt og uafhængig i forhold til den offentlige myndighed, der har tildelt retten til at udføre tjenesteydelsen, og for det andet, hvordan opkrævningen af vederlaget foregår.

36. Angående spørgsmålet, om det er afgørende med henblik på kvalificeringen af kontrakten som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller som en tjenesteydelseskontrakt, at driftsrisikoen forbundet med den tjenesteydelse, som tjenesteyderen har påtaget sig, oprindeligt er begrænset — dvs. også i tilfælde af, at tjenesteydelsen leveres af den ordregivende myndighed — er det min opfattelse, at besvarelsen heraf bør støttes på Eurawasser-dommen [25].

37. I den foreliggende sag kan omfanget af den driftsrisiko, der er forbundet med redningstjenesten, diskuteres. Dette er imidlertid et led i fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at foretage i det omfang, der er behov herfor.

38. Omfanget af den driftsrisiko, der er forbundet med redningstjenesten, er ikke afgørende. Det afgørende er overførelsen til tjenesteyderen af den risiko, som den offentlige myndighed, der har tildelt retten til at udføre den pågældende tjenesteydelse, selv ville være udsat for, hvis den selv skulle udføre ydelsen [26].

25 — Nævnt ovenfor i fodnote 9.

26 — I forslag til afgørelse af 29.10.2009 i forbindelse med Domstolens dom af 6.5.2010, forenede sager C-145/08 og C-149/08, Club Hotel Loutraki m.fl., Sml. I, s. 4165, foreslog generaladvokat Sharpston en lignende konklusion, idet hun ikke fandt det afgørende, at driftsrisikoen var betydelig i sig selv, men at den risiko, uanset omfang, som den ordregivende myndighed tidligere bar, blev overført i sin helhed eller i betydeligt omfang til den valgte budgiver.

Forslag til afgørelse

39. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Oberlandesgericht München således:

»Fraværet af direkte vederlag til tjenesteyderen fra den offentlige myndighed, der har tildelt retten til at udføre den omhandlede tjenesteydelse, udgør et fyldestgørende kriterium til kvalificering af en kontrakt som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i henhold til artikel 1, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Det er i den henseende ikke vigtigt at vide for det første, hvem der betaler vederlaget for de leverede ydelser, hvis det drejer sig om en institution, som er tilstrækkeligt særskilt og uafhængig i forhold til den offentlige myndighed, der har tildelt retten til at udføre tjenesteydelsen, for det andet, hvordan opkrævningen af vederlaget foregår, og for det tredje, om driftsrisikoen forbundet med den pågældende tjenesteydelse oprindeligt er begrænset.«