FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK fremsat den 11. februar 2010 [1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 3719

II — Retsforskrifter ..... I - 3719

A — Direktiv 92/50 ..... I - 3719

B — Direktiv 2004/18 ..... I-3720

III — Sagens faktiske omstændigheder I-3721

IV — Den administrative procedure ..... I - 3722

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande ..... I - 3722

VI — Parternes væsentligste argumenter ..... I - 3723

VII — Retlig vurdering ..... I - 3725

A — Formaliteten ..... I - 3725

1. Redningstjenesteydelser som blandede tjenesteydelser i udbudsdirektivernes system ..... I - 3726

2. Omformulering af påstandene i stævningen ..... I - 3727

3. Konklusion ..... I - 3730

B — Realiteten ..... I - 3730

1. Undtagelsesbestemmelsen i artikel 45, stk. 1, EF finder ikke anvendelse I - 3730

2. Ingen begrundelse i henhold til artikel 86, stk. 2, EF ..... I - 3736

1 — Originalsprog: tysk.

3. Analyse af de ni anfægtede udbudsprocedurer ..... I - 3739

a) Byen Magdeburgs kontrakttildeling (Sachsen-Anhalt) ..... I - 3739

i) Tilsidesættelse af artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18 ..... I - 3739

ii) Ingen tilsidesættelse af det primærretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og det primærretlige krav om gennemsigtighed ..... I - 3740

— Vurdering af realiteten på baggrund af den antagelse, at anbringendet om tilsidesættelse af den primære ret delvis skal afvises ..... I - 3740

— Subsidiært: vurdering af realiteten i tilfælde af, at anbringendet om tilsidesættelse af den primære ret skulle blive antaget til realitetsbehandling i sin helhed ..... I - 3741

Princippet om den sekundære rets forrang ..... I - 3742

Bevis for en grænseoverskridende interesse ved udbud af underordnede tjenesteydelser ..... I - 3747

iii) Konklusion ..... I - 3749

b) Kontrakttildelinger i byerne Bonn (Nordrhein-Westfalen) og Witten (Nordrhein-Westfalen), regionen Hannover (Niedersachsen) og Landkreis Hameln-Pyrmont (Niedersachsen) ..... I - 3749

c) Kontrakttildeling i Landkreis Uelzen (Niedersachsen) ..... I - 3750

d) Kontrakttildelinger hos lokale sammenslutninger af redningstjenester i Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) og Vogtland (Sachsen) ..... I - 3752

e) Konklusion ..... I - 3754

4. Retsstridig tildelingspraksis i Forbundsrepublikken Tyskland ..... I - 3754

VIII — Sagens omkostninger ..... I - 3757

IX — Forslag til afgørelse ..... I - 3757

I — Indledning

1. Denne sag drejer sig om Kommissionens traktatbrudssøgsmål i medfør af artikel 226 EF, hvori Kommissionen har nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler[2] og 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[3] samt principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 43 EF og 49 EF), idet tjenesteydelseskontrakter på området for offentlige redningstjenester i delstaterne Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen og Sachsen ikke er blevet tildelt ved offentligt udbud eller på en gennemsigtig måde, og der ikke er offentliggjort meddelelser om tildelte kontrakter.

2 — EFT L 209, s. 1.
3 — EUT L 134, s. 114.

II — Retsforskrifter

A — *Direktiv 92/50*

2. Ifølge artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 skal de ordregivende myndigheder sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.

3. Artikel 10 i direktiv 92/50 bestemmer følgende:

»Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

4. Artikel 16 i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»1. Ordregivende myndigheder, der har indgået en offentlig tjenesteydelsesaftale eller afholdt en projektkonkurrence, sender

Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om resultatet deraf.

2. Meddelelserne offentliggøres:

[…]«

B — *Direktiv 2004/18*

5. I henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18 overholder de ordregivende myndigheder principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.

6. Artikel 22 i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»Kontrakter, der samtidig vedrører tjenesteydelser, der er anført i bilag II A, og tjenesteydelser, der er anført i bilag II B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55, hvis værdien af de i bilag II A anførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag II B anførte tjenesteydelser. I andre tilfælde indgås kontrakterne i henhold til artikel 23 og artikel 35, stk. 4.«

7. Artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»Ordregivende myndigheder, der har indgået en offentlig kontrakt eller en rammeaftale, fremsender en meddelelse om resultaterne af udbudsproceduren senest 48 dage efter indgåelsen af kontrakten eller rammeaftalen.

[…]

Når der er tale om offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende de i bilag II B opførte tjenesteydelser, angiver de ordregivende myndigheder i meddelelsen, om de indvilliger i, at den offentliggøres. For disse tjenesteydelseskontrakter udfærdiger Kommissionen efter den i artikel 77, stk. 2, nævnte procedure reglerne for udarbejdelse af statistiske opgørelser på grundlag af meddelelserne og for offentliggørelse af disse opgørelser.

[…]«

III — Sagens faktiske omstændigheder

8. I Forbundsrepublikken Tyskland ligger lovgivningskompetencen i forbindelse med redningstjenester hos delstaterne, som har gjort brug af deres muligheder for at udforme lovgivningen på forskellig måde.

9. I de fleste tyske delstater udføres redningstjenesteydelser efter et dualt system, hvor der sondres mellem den offentlige redningstjeneste og udførelsen af redningstjenesteydelser på grundlag af godkendelser efter delstatslovene om redningstjenester.

10. Den offentlige redningstjeneste omfatter sædvanligvis både udrykningskørsel og kvalificeret sygetransport. Udrykningskørsel vedrører transport af livsfarligt tilskadekomne eller syge personer med nødlægevogne eller redningstransportvogne under ledsagelse af faguddannet personale. Kvalificeret sygetransport vedrører syge og tilskadekomne personer eller personer med behov for hjælp, som ikke er akut syge, hvorfor deres transport foretages med sygetransportvogne under ledsagelse af faguddannet personale.

11. Flere delstater har besluttet at overlade det til de forskellige byer, Landkreise (forvaltningsdistrikter), lokale sammenslutninger af redningstjenester osv. at udvælge tjenesteydere i forbindelse med den offentlige redningstjeneste. Med henblik herpå indgår disse lokale myndigheder som regel kontrakter med enkelte tjenesteydere om udførelse af redningstjenesteydelser for hele befolkningen. Når vederlaget for tjenesteydelserne betales direkte af den lokale myndighed, betegnes den pågældende kontraktmodel som »submissionsmodel«. Når vederlaget derimod betales ved, at den ordregivende myndighed opkræver beløb direkte hos patienterne eller sygekasserne, er der tale om den såkaldte »koncessionsmodel«.

12. Med sit søgsmål har Kommissionen anfægtet tildelingen af tjenesteydelseskontrakter på området for offentlige redningstjenester i delstaterne Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen og Sachsen-Anhalt, hvor submissionsmodellen systematisk anvendes. Kommissionen har navnlig gjort gældende, at kontrakter på området for offentlige redningstjenester, som er omfattet af udbudsdirektiverne, i disse delstater som regel ikke er blevet tildelt efter udbud eller på en gennemsigtig måde.

IV — Den administrative procedure

13. Efter at have modtaget flere klager underrettede Kommissionen ved skrivelse af 10. april 2006 Forbundsrepublikken Tyskland om, at denne ved tildelingen af gensidigt bebyrdende kontrakter om redningstjenesteydelser i delstaterne Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Sachsen og Sachsen-Anhalt kunne have tilsidesat udbudsdirektiverne samt den primære ret. Samtidig underrettede Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland om, at den ved tildelingen af koncessionskontrakter om redningstjenesteydelser kunne have tilsidesat principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser. Derfor blev Forbundsrepublikken Tysklands regering i henhold til artikel 226 EF opfordret til inden for en frist på to måneder at fremsætte sine bemærkninger til Kommissionens opfattelse.

14. Ved skrivelse af 10. juli 2006 afviste Forbundsrepublikken Tyskland de tilsidesættelser af fællesskabsretten, der var fremført. Desuden var der i Sachsen gennemført en lovændring i 2005, således at redningstjenesteydelser også i denne delstat senest fra den 1. januar 2009 tildeles efter udbud, hvor der tages hensyn til principperne om konkurrence uden forskelsbehandling.

15. Ved skrivelse af 15. december 2006 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse over for Forbundsrepublikken Tyskland. Heri nåede den til den konklusion, at Forbundsrepublikken Tyskland havde tilsidesat og fortsat tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50 og 2004/18 samt principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser. Kommissionen opfordrede derfor Forbundsrepublikken Tyskland til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse inden for en frist på to måneder efter modtagelsen heraf.

16. Ved skrivelse af 22. februar 2007 afviste Forbundsrepublikken Tyskland igen Kommissionens retsopfattelse. Ifølge Tyskland var fællesskabsretten ikke blevet tilsidesat i nogen af de af Kommissionen nævnte enkelttilfælde.

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

17. Forbundsrepublikken Tyskland efterkom ikke den begrundede udtalelse, hvorfor Kommissionen den 15. april 2008 anlagde sag i henhold til artikel 226 EF.

18. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår følgende:

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50/EØF og 2004/18/EF samt principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 43 EF og 49 EF), idet den ikke har offentliggjort meddelelser om tildelte kontrakter og ikke har tildelt tjenesteydelseskontrakter på området for offentlige redningstjenester ved offentligt udbud, henholdsvis ved ikke at tildele disse kontrakter på en gennemsigtig måde.

— Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.

19. Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om frifindelse, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

20. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 16. december 2008 fik Kongeriget Nederlandene tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Forbundsrepublikken Tysklands påstande. Kongeriget Nederlandene har til støtte for Forbundsrepublikken Tyskland nedlagt påstand om frifindelse.

VI — Parternes væsentligste argumenter

21. Efter Kommissionens opfattelse er der i forskellige tyske delstater ved tildelingen af kontrakter på området for offentlig udrykningskørsel og kvalificeret sygetransport blevet etableret den praksis, at kontrakter i strid med udbudsreglerne tildeles lokalt etablerede udbydere uden at afholde et udbud på fællesskabsplan eller uden at sikre en passende gennemsigtighed.

22. Under henvisning til ni konkrete eksempler på kontrakttildelinger i delstaterne Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen og Sachsen-Anhalt har Kommissionen først understreget, at de byer, Landkreise og lokale sammenslutninger af redningstjenester, der er ansvarlige for den enkelte tildeling, skal betragtes som ordregivende myndigheder som omhandlet i udbudsdirektiverne. Derudover skal de kontrakter, der er tildelt på området for offentlige redningstjenester, betragtes som offentlige, gensidigt bebyrdende kontrakter, hvis kontraktværdi i de omhandlede

tilfælde klart ligger over de relevante økonomiske tærskelværdier, for at direktiv 92/50 og 2004/18 finder anvendelse.

23. For så vidt som disse offentlige kontrakter blev indgået inden den 31. januar 2006, var de omfattet af direktiv 92/50. Da disse kontrakter vedrørte blandede tjenesteydelser, skulle de have været tildelt under overholdelse af bestemmelserne i afsnit III til IV og i artikel 14 og 16 i direktiv 92/50, alt efter om værdien af transportydelserne eller værdien af lægebehandlingen var størst. For de kontrakter, der er indgået efter udløbet af gennemførelsesfristen for direktiv 2004/18, indeholder dette direktiv en tilsvarende bestemmelse.

24. I betragtning af, at der i alle nævnte de tilfælde er tale om kontrakter, der er af interesse ud over landegrænserne, har Forbundsrepublikken Tyskland ligeledes tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der er omfattet af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

25. De påtalte tilsidesættelser udgør efter Kommissionens opfattelse ikke enkelttilfælde, men vidner om en generel tildelingspraksis, der er i strid med fællesskabsretten. Denne vurdering bekræftes efter Kommissionens opfattelse af det særdeles lave antal udbud på fællesskabsplan af redningstjenesteydelser og meddelelser om tildelte kontrakter.

26. Efter den tyske regerings opfattelse er Kommissionens forsøg på med henvisning til enkelte udbudsprocedurer i fire ud af i alt seksten delstater generelt at få fastslået, at den anvendte tildelingspraksis i Forbundsrepublikken Tyskland er retsstridig, ikke acceptabelt. Desuden er forskellige af Kommissionens påstande vedrørende faktiske omstændigheder heller ikke korrekte.

27. Den tyske regering har desuden påberåbt sig undtagelsesbestemmelsen i artikel 45, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 55 EF, hvorefter EF-traktatens kapitler om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser ikke finder anvendelse på virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat, hvilket er tilfældet med hensyn til de omhandlede redningstjenesteydelser. Da udbudsdirektiverne har deres retsgrundlag i disse to kapitler i EF-traktaten, finder de heller ikke anvendelse i den foreliggende sag.

28. Den tyske regering har subsidiært anført, at de omhandlede redningstjenesteydelser opfylder betingelserne for en fortrinsbehandling i henhold til artikel 86, stk. 2, EF. Da artikel 86, stk. 2, EF ikke kun indeholder en undtagelse fra konkurrencereglerne, men også fra alle andre bestemmelser i EF-traktaten, er Kommissionens søgsmål også ubegrundet under denne synsvinkel. Endelig har den tyske regering henvist til to kendelser afsagt af Bundesgerichtshof den 1. december 2008, hvorefter udbudsreglerne nu også skal finde anvendelse ved tildelingen af kontrakter om redningstjenesteydelser.

29. Den nederlandske regering har antaget, at Forbundsrepublikken Tyskland hverken har tilsidesat udbudsdirektiverne eller artikel 43 EF og 49 EF. De omhandlede offentlige redningstjenester skal betragtes som tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse som omhandlet i artikel 86, stk. 2, EF. Regeringen har i den forbindelse bemærket, at undtagelsen i artikel 86, stk. 2, EF også gælder i forbindelse med de grundlæggende friheder. Endelig har den nederlandske regering behandlet muligheden for at anvende undtagelsesbestemmelsen i artikel 45 EF og 55 EF. I den forbindelse hælder den nederlandske regering mod den opfattelse, at betingelserne for anvendelse af disse undtagelsesbestemmelser kan være opfyldt i forbindelse med de omhandlede redningstjenesteydelser.

VII — Retlig vurdering

A — *Formaliteten*

30. Det er et særligt kendetegn ved traktatbrudssøgsmål efter artikel 226 EF, at fastsættelsen af sagens genstand under den administrative procedure begrænser den tilladte sagsgenstand i den efterfølgende retssag. Ifølge fast retspraksis skal den begrundede udtalelse og det efterfølgende traktatbrudssøgsmål støttes på de samme grunde og anbringender, hvorfor Domstolen ikke kan tage stilling til et klagepunkt, som ikke er blevet fremsat i den begrundede udtalelse[4].

31. Denne formalitetsbetingelse, hvorefter påstandene i et søgsmål ikke må udvides i forhold til det, der er anført i den begrundede udtalelse, har til formål at beskytte retten til forsvar for den pågældende medlemsstat, som skal have mulighed for dels at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser, dels at tage til genmæle over for Kommissionens klagepunkter. Samtidig afspejler denne betingelse den generelle processuelle grundregel,

4 — Jf. dom af 26.3.2009, sag C-326/07, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2291, præmis 29, af 24.6.2004, sag C-350/02, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 6213, præmis 20, af 11.5.1989, sag 76/86, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1021, præmis 8, og af 7.5.1987, sag 186/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 2029, præmis 13.

at en eventuel efterfølgende retssag skal have en klart afgrænset tvist som genstand[5].

32. Efter min opfattelse er Kommissionen ved formuleringen af sine påstande i den foreliggende sag på uacceptabel vis gået videre end de påstande, der er formuleret i den begrundede udtalelse. For at præcisere og afgrænse denne uacceptable udvidelse af sagens genstand vil jeg først komme ind på de omhandlede redningstjenesteydelsers plads i udbudsdirektivernes systematik. Dernæst vil jeg redegøre for, hvordan Kommissionen har omformuleret sine påstande i stævningen i forhold til den begrundede udtalelse, og på hvilken måde denne omformulering også har ændret sagens genstand.

33. Den omstændighed, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke udtrykkeligt har fremført en formalitetsindsigelse mod udvidelsen af sagens genstand, er imidlertid uden relevans. Da forbuddet mod udvidelse af sagens genstand er en i traktaten hjemlet væsentlig garanti, hvis opfyldelse er et væsentligt formkrav til sikring af, at den procedure, hvorved det fastslås, at en medlemsstat har begået et traktatbrud, afvikles behørigt[6], kan Domstolen også fastslå dette af egen drift uden et klagepunkt fra Forbundsrepublikken Tysklands side[7].

1. Redningstjenesteydelser som blandede tjenesteydelser i udbudsdirektivernes system

34. I både direktiv 92/50 og 2004/18 sondres der mellem såkaldte primære og underordnede tjenesteydelser. Førstnævnte opregnes i bilag I A til direktiv 92/50 samt i bilag II A til direktiv 2004/18, der har samme indhold, og omfatter bl.a. tjenesteydelser inden for landtransport. Sidstnævnte opregnes i bilag I B til direktiv 92/50 samt i bilag II B til direktiv 2004/18, der har samme indhold, og omfatter bl.a. tjenesteydelser inden for sundhedsvæsenet. Den vigtigste udbudsretlige forskel mellem de primære tjenesteydelser i bilag I A og II A og de underordnede tjenesteydelser i bilag I B og II B er, at kun de primære tjenesteydelser er fuldt ud omfattet af det respektive udbudsdirektiv[8]. Med hensyn til

5 — Jf. dom af 22.3.2007, sag C-437/04, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2513, præmis 39 f., og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 18 f.

6 — Jf. dom af 27.4.2006, sag C-441/02, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3449, præmis 59.

7 — *Argumentum a fortiori* på grundlag af artikel 92, stk. 1, i Domstolens procesreglement. På samme måde Karpenstein og Karpenstein, i: Grabitz og Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, artikel 226 EF, punkt 82 (39. supplement, juli 2009).

8 — Artikel 8 i direktiv 92/50 og artikel 20 i direktiv 2004/18.

underordnede tjenesteydelser er det derimod kun fastsat, at reglerne om tekniske specifikationer gælder, og at de ordregivende myndigheder skal underrette Kommissionen om tildelte kontrakter[9].

35. I den foreliggende sag er det uomtvistet, at de omhandlede redningstjenesteydelser skal betragtes som blandede tjenesteydelser, der indeholder både primære og underordnede tjenesteydelseskomponenter. Denne kvalifikation fremgår direkte af Tögel-dommen[10], hvori udrykningskørsel og sygetransport ledsaget af en redder blev betragtet som blandede tjenesteydelser som omhandlet i artikel 10 i direktiv 92/50[11]. I den forbindelse skal personbefordringen betragtes som en primær tjenesteydelse og lægebehandlingen som en underordnet tjenesteydelse.

36. Blandede kontrakter om primære og underordnede tjenesteydelser er i henhold til henholdsvis artikel 10 i direktiv 92/50 og artikel 22 i direktiv 2004/18 fuldt ud omfattet af det respektive udbudsdirektiv, hvis værdien af de primære tjenesteydelser er større end værdien af de underordnede tjenesteydelser. I det modsatte tilfælde skal de blandede kontrakter behandles som kontrakter om underordnede tjenesteydelser.

2. Omformulering af påstandene i stævningen

37. I den begrundede udtalelse tog Kommissionen både i forbindelse med den retlige vurdering og ved formuleringen af de enkelte klagepunkter udtrykkeligt hensyn til den blandede karakter af de omhandlede redningstjenesteydelser.

38. I den begrundede udtalelse gjorde Kommissionen navnlig gældende, at med hensyn til de omhandlede redningstjenesteydelser var transportydelserne som omhandlet i bilag I A til direktiv 92/50 og bilag II A til direktiv 2004/18 fremtrædende, således at Forbundsrepublikken Tyskland ved tildelingen af disse kontrakter havde tilsidesat artikel 10, sammenholdt med afsnit III til IV, i direktiv 92/50 og fra den 1. februar artikel 22, sammenholdt med artikel 23-55, i direktiv 2004/18. I tilfælde af, at lægebehandlingen som omhandlet i bilag I B til direktiv 92/50

9 — Artikel 9 i direktiv 92/50 og artikel 21 i direktiv 2004/18.

10 — Dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, præmis 40.

11 — Personbefordring falder ind under betegnelsen »landtransport« som omhandlet i bilag I A, kategori 2, til direktiv 92/50 og bilag II A, kategori 2, til direktiv 2004/18. Lægebehandling falder ind under betegnelsen »sundhedsvæsen« som omhandlet i bilag I B, kategori 25, til direktiv 92/50 og bilag II B, kategori 25, til direktiv 2004/18.

og bilag II B til direktiv 2004/18 skulle være fremtrædende i enkelte af de anførte tilfælde, har Kommissionen subsidiært påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 10, sammenholdt med artikel 16 i direktiv 92/50, og fra den 1. februar 2006 artikel 22, sammenholdt med artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18 og under alle omstændigheder principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 43 EF og 49 EF og det forbud mod forskelsbehandling, der er omfattet af disse principper.

39. I stævningen har Kommissionen bevidst undladt at besvare det spørgsmål, om de omhandlede redningstjenesteydelser overvejende vedrørte personbefordring eller lægebehandling. Dette spørgsmål kan nu efter Kommissionens opfattelse stå åbent, da forpligtelsen til at fremsende meddelelse om tildelte kontrakter i henhold til artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18 samt også forbuddet mod forskelsbehandling, der er omfattet af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, under alle omstændigheder er tilsidesat med de anfægtede tildelingsprocedurer.

40. Med denne omformulering af påstanden har Kommissionen på uacceptabel vis ændret sagsgenstanden.

41. Mens Kommissionen i sin begrundede udtalelse indtog det standpunkt, at det primærretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og det primærretlige krav om gennemsigtighed i forbindelse med udbud af redningstjenesteydelser kun var blevet tilsidesat i de tilfælde, hvor lægebehandlingsaspektet var fremtrædende, indtager den i stævningen det afvigende standpunkt, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed altid skulle tages i betragtning ved udbud af de omhandlede redningstjenesteydelser. Dette forudsætter imidlertid nødvendigvis, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed også kan tilsidesættes direkte ved udbud af redningstjenesteydelser med overvejende transportkarakter, hvilket hverken eksplicit eller implicit er blevet anfægtet i den begrundede udtalelse.

42. Udvidelsen af sagens genstand består derfor i, at der nu også påberåbes en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, ved udbud af blandede redningstjenesteydelser med overvejende transportkarakter. I denne henseende må det foreliggende søgsmål afvises.

43. Hertil kan ikke indvendes, at de forpligtelser til at afholde udbud og fremsende

meddelelser, der er fastsat i udbudsdirektiverne, i sidste instans er en sekundærretlig formulering af det primærretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og det primærretlige krav om gennemsigtighed, og at Kommissionen med sin nu primærretligt begrundede påstand derfor ikke indholdsmæssigt er gået videre end de klagepunkter, der er formuleret i den begrundede udtalelse. Det afgørende er nemlig, at Kommissionen i sit søgsmål har påberåbt sig en tilsidesættelse af den primære ret med hensyn til primære blandede tjenesteydelser, selv om den havde anført i den begrundede udtalelse, at disse tjenesteydelser fuldt ud var omfattet af udbudsdirektiverne, og derfor kun påberåbte sig en tilsidesættelse af disse direktiver. Derfor kunne Forbundsrepublikken Tyskland under den administrative procedure ikke tage stilling til spørgsmålet, om tildelingen af kontrakter om udførelse af redningstjenesteydelser, der overvejende vedrører personbefordring og derfor fuldt ud er omfattet af udbudsdirektiverne, overhovedet kan vurderes på grundlag af de primærretlige kriterier i form af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed[12].

44. Såfremt ovennævnte ændring af sagsgenstanden skulle blive antaget til realitetsbehandling, vil dette medføre en uacceptabel tilsidesættelse af Forbundsrepublikken Tysklands ret til forsvar, da den derved vil blive frataget muligheden for allerede under den administrative procedure at tage stilling til det principielle spørgsmål, om og i hvilket omfang Kommissionen måtte støtte sine påstande vedrørende tildelingen af primære blandede tjenesteydelser på et primærretligt grundlag.

45. I denne forbindelse skal jeg ligeledes pege på, at Kommissionen visse steder i sin stævning synes at påberåbe sig en tilsidesættelse af artikel 2 i direktiv 2004/18 og nedlægge påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland dømmes i denne henseende[13]. For så vidt som påstandene skulle fortolkes i denne retning, må denne påstand også afvises, da der ikke udtrykkeligt er påberåbt en tilsidesættelse af artikel 2 i direktiv 2004/18 i den begrundede udtalelse.

12 — I denne forbindelse rejser der sig navnlig det spørgsmål, om en undersøgelse af tildelingen af de omhandlede kontrakter på grundlag af det primærretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og det primærretlige krav om gennemsigtighed er forenelig med princippet om den sekundære rets forrang samt med formålet med traktatbrudsproceduren i henhold til artikel 226 EF. Jf. i denne henseende punkt 95 ff. i dette forslag til afgørelse.

13 — Under overskriften »Tilsidesættelsen af artikel 16 i direktiv 92/50/EØF og af artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18/EF« har Kommissionen anført i punkt 39 i sin stævning af 15.4.2008, at artikel 14 og 16 i direktiv 92/50 samt artikel 23 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18 under alle omstændigheder finder anvendelse i den foreliggende sag. I punkt 40 har den herefter påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18. I punkt 41 har Kommissionen anført, at artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 samt artikel 2 i direktiv 2004/18 ligeledes finder anvendelse i den foreliggende sag, uden dog udtrykkeligt at påberåbe sig en tilsidesættelse heraf eller at fremsætte yderligere bemærkninger til disse to artikler. I sammenfatningen af påstandene i punkt 72 har Kommissionen imidlertid påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 10, sammenholdt med artikel 16, i direktiv 92/50 samt artikel 2 og 22, sammenholdt med artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18.

3. Konklusion

46. På baggrund af disse betragtninger når jeg til den konklusion, at det foreliggende traktatbrudssøgsmål må afvises, for så vidt som der også er påberåbt en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, ved udbud af redningstjenesteydelser med overvejende transportkarakter.

47. Såfremt Domstolen skulle nå til den konklusion, at Kommissionen med sit søgsmål også har nedlagt påstand om, at det fastslås, at artikel 2 i direktiv 2004/18 er blevet tilsidesat, må denne påstand ligeledes afvises.

B — *Realiteten*

48. Forbundsrepublikken Tyskland har bestridt det af Kommissionen anlagte traktatbrudssøgsmål med tre argumentationslinjer. Den tyske regering har for det første påberåbt sig undtagelsesbestemmelsen i artikel 45 EF og subsidiært begrundelsen i henhold til artikel 86, stk. 2, EF. For det andet har den tyske regering bestridt nogle af Kommissionens påstande vedrørende de faktiske omstændigheder. For det tredje har den tyske regering anfægtet Kommissionens påstand om, at det fastslås, at der foreligger en praksis, der er i strid med udbudsreglerne.

49. På denne baggrund vil jeg nedenfor først behandle problematikken i forbindelse med tildelingen af kontrakter om redningstjenesteydelser i lyset af artikel 45, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 55 EF, samt derefter i lyset af artikel 86, stk. 2, EF. Derpå vil jeg undersøge hver af de ni udbudsprocedurer, som Kommissionen har anfægtet. Til sidst vil jeg se nærmere på det spørgsmål, om resultaterne af denne undersøgelse begrunder, at det fastslås, at der foreligger en praksis, der er i strid med udbudsreglerne.

1. Undtagelsesbestemmelsen i artikel 45, stk. 1, EF finder ikke anvendelse

50. I henhold til artikel 45, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 55 EF, finder de primærretlige bestemmelser om etableringsfriheden og om den frie udveksling af tjenesteydelser ikke anvendelse på virksomhed, som varigt

eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat. Er en virksomhed forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat, er den derfor undtaget fra anvendelsesområdet for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

51. Det samme må gælde for de sekundærretlige bestemmelser, der er udstedt for at gennemføre kapitlerne om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. For så vidt som sådanne sekundærretlige retsakter også regulerer virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, skal det fastslås ved en fortolkning i overensstemmelse med traktaten af de sekundærretlige bestemmelser, at den nævnte virksomhed er undtaget fra anvendelsesområdet for disse bestemmelser i de pågældende medlemsstater [14].

52. Hvis de udrykningskørsler og sygetransporter, som de omhandlede kontrakttildelinger vedrører, skulle være forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF, vil Kommissionens anbringende om tilsidesættelse af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser skulle forkastes som ubegrundet. Da desuden både direktiv 92/50 og 2004/18 er udstedt på grundlag af artikel 47, stk. 2, EF og artikel 55 EF og dermed i henhold til de primærretlige kompetencebestemmelser i kapitlerne om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, vil i dette tilfælde også anbringendet om tilsidesættelse af disse udbudsdirektiver skulle forkastes som ubegrundet.

53. Det forekommer mig imidlertid tvivlsomt, om udførelsen af udrykningskørsler og sygetransporter kan anses for virksomhed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

54. Først og fremmest skal jeg erindre om, at fortolkningen af begrebet »udøvelse af offentlig myndighed« som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF er omfattet af fællesskabsretten. Fællesskabets retsorden tilsigter nemlig i princippet ikke at fastsætte sine begreber ved at lade sig inspirere af en eller flere nationale retsordener, medmindre dette er udtrykkeligt præciseret [15].

14 — Jf. generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 19.9.1991 i sag C-306/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 5863, punkt 28. Jf. endvidere Randelzhofer og Forsthoff, i Grabitz og Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, artikel 45 EF, punkt 14 (39. supplement, juli 2009).

15 — Jf. dom af 18.12.2007, sag C-314/06, Société Pipeline Méditerranée et Rhône, Sml. I, s. 12273, præmis 21, af 22.5.2003, sag C-103/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5369, præmis 33, og af 2.4.1998, sag C-296/95, EMU Tabac m.fl., Sml. I, s. 1605, præmis 30.

55. Spørgsmålet, om en virksomhed har en forbindelse til udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF, skal derfor besvares på grundlag af den fællesskabsretlige definition af offentlig myndighed som omhandlet i denne bestemmelse.

56. En forudsætning for at antage, at der foreligger — en deltagelse i — udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45 EF, er muligheden for at bruge ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang over for borgerne[16].

57. På baggrund af de grundlæggende friheders afgørende betydning for det indre marked skal artikel 45, stk. 1, EF — i givet fald sammenholdt med artikel 55 EF — fortolkes indskrænkende som undtagelse fra principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser[17]. Derfor er enhver virksomhed, inden for hvis rammer der over for borgerne udøves ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang, ikke omfattet af anvendelsesområdet for undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF. Det er derimod nødvendigt, at denne deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed er tilstrækkelig intens og direkte.

58. Kriteriet om »udøvelse af offentlig myndighed« som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF forudsætter med andre ord en tilstrækkeligt kvalificeret udøvelse af ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang. Denne kvalitative vurdering af forbindelsen til offentlige myndigheders opgaver har Domstolen sammenfattet i det krav, at en anvendelse af artikel 45, stk. 1, EF — i givet fald sammenholdt med artikel 55 EF — forudsætter, at virksomheden er »direkte« og »særligt« forbundet med udøvelse af offentlig myndighed[18].

59. I forbindelse med behandlingen af spørgsmålet, om private vagtselskabers virksomhed i Spanien var forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, fremhævede Domstolen således i sin dom af 29. oktober 1998 i sagen Kommissionen mod Spanien[19], at endog når sådanne private vagtselskaber skal bistå ordensmagten i nærmere angivne situationer, udøver de kun hjælpefunktioner. Derfor er den virksomhed, der udøves af private vagtselskaber, ikke »direkte og særligt« forbundet

16 — Generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse af 28.5.1974 i sag 2/74, Reyners, Sml. s. 665.

17 — Domstolen har bekræftet denne restriktive tilgang i det, der nu er fast retspraksis, under henvisning til, at der ved vurderingen af undtagelserne til etableringsfriheden, der er fastsat i artikel 45 EF, skal tages hensyn til, at de ved denne artikel fastsatte begrænsninger i undtagelserne i denne frihed har fællesskabskarakter. Jf. dom af 22.10.2009, sag C-438/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 10219, præmis 35.

18 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 36, samt dom af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, præmis 46, og af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047, præmis 22.

19 — Sag C-114/97, Sml. I, s. 6717, præmis 38 f.

med udøvelse af offentlig myndighed. Generaladvokat Alber havde foreslået denne løsning i sit forslag til afgørelse i den pågældende sag med henvisning til, at sondringen mellem hoved- og hjælpefunktioner ikke er et kvantitativt, men derimod et kvalitativt kriterium, og at der er en forskel i, hvilken grad af kompetence der gives ordensmagten og de private vagtselskaber [20].

60. Domstolen var lige så streng i sin nylige dom af 22. oktober 2009 i sagen Kommissionen mod Portugal [21], hvori den fastslog, at den omhandlede virksomhed, som private organer, der udfører teknisk kontrol med køretøjer, udøver, ikke henhørte under undtagelsen i artikel 45 EF, selv om disse organisationer certificerede den udførte tekniske kontrol og i denne henseende også udøvede offentlig myndighed. Denne udøvelse af offentlig myndighed opfyldte imidlertid ikke det kvalitative kriterium om, at virksomheden skal være »direkte og særligt« forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45 EF. I den henseende understregede Domstolen på den ene side, at man med certificeringen kun drog de juridiske konsekvenser af den relevante tekniske kontrol, uden at de tekniske certificeringsorganer havde en reel beslutningsautonomi. Derudover blev beslutningerne om at certificere eller ikke at certificere den tekniske kontrol truffet inden for rammerne af et direkte statsligt tilsyn [22].

61. Allerede ved undersøgelsen af, om undtagelsesbestemmelsen i artikel 45 EF fandt anvendelse med hensyn til bestyrelsesmedlemmer i forsikringsvirksomheder og visse private forsikringsinstitutioner, havde Domstolen tidligere fastslået, at udførelsen af rent vejledende og forberedende funktioner i forhold til det organ, der faktisk udøver offentlig myndighed ved at træffe den endelige beslutning, ikke kan betragtes som forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i undtagelsens forstand [23].

62. Sammenfattende kan jeg konstatere, at der ifølge nu fast retspraksis må stilles høje kvalitative krav til »udøvelsen af offentlig myndighed« som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF, og at forsøg på at påberåbe sig

20 — Generaladvokat Albers forslag til afgørelse af 7.5.1998 i sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, punkt 27 f. Konstateringen af, at den virksomhed, der udøves af overvågningsselskaber eller private vagtselskaber, normalt ikke er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, blev bekræftet i dom af 13.12.2007, sag C-465/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11091, præmis 31 ff., af 31.5.2001, sag C-283/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4363, præmis 20 ff., og af 9.3.2000, sag C-355/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1221, præmis 25 f.

21 — Nævnt ovenfor i fodnote 17.

22 — Domstolen var allerede nået frem til en lignende konklusion i domme af 29.11.2007, sag C-404/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10239, præmis 39 ff., og sag C-393/05, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 10195, præmis 37 ff., ved undersøgelsen af virksomheden hos private kontrolorganer inden for området for økologisk landbrug.

23 — Thijssen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 17 ff. Jf. ligeledes dommen i sagen Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 44 ff., med hensyn til Centri di Assistenza Fiscales udøvelse af visse aktiviteter med rådgivning og bistand på skatteområdet i Italien.

artikel 45 EF hidtil næsten uden undtagelse er mislykkedes[24].

63. Også i den foreliggende sag ser det ud til, at udbyderne af udrykningskørsler og sygetransporter ganske vist i begrænset omfang er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed, men uden at opvise de kvalitative karakteristika, der er nødvendige for at anvende artikel 45 EF.

64. Forbundsrepublikken Tyskland ser for det første en forbindelse til udøvelsen af offentlig myndighed begrundet i, at de omhandlede kontrakter efter tysk ret skal betragtes som offentligretlige kontrakter. For det andet har Forbundsrepublikken Tyskland fremhævet redningstjenesternes ekstraordinære retlige beføjelser i henhold til vej- og færdselsforskrifterne, som navnlig består i gennem anvendelse af blåt blink og udrykningshorn at give andre trafikanter instruktioner, som disse skal overholde, og hvis manglende overholdelse kan pålægges en bøde. Forbundsrepublikken Tyskland har for det tredje anført, at redningstjenesterne ofte deltager i organiseringen af redningstjenesten samt i udførelsen af offentlige opgaver inden for brandbeskyttelse og civilbeskyttelse samt bistår politiet med at afværge farer ved at stille redningsudstyr til rådighed i forbindelse med sikkerhedsforanstaltninger. For det fjerde har Forbundsrepublikken Tyskland fremhævet udnævnelsen af redningstjenestepersonale til administrativt håndhævelsespersonale, som ofte er fastsat i delstatslovgivningen.

65. Disse argumenter er ikke overbevisende.

66. Med sit første argument tager Forbundsrepublikken Tyskland ikke hensyn til det princip, at Fællesskabets retsorden i princippet ikke tilsigter at fastsætte sine begreber ved at lade sig inspirere af en eller flere nationale retsordener[25]. Den omstændighed, at de omhandlede redningstjenester efter tysk ret skal organiseres offentligretligt, er uden betydning for besvarelsen af spørgsmålet, om disse retningstjenester er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 45 EF.

67. Selv om Forbundsrepublikken Tyskland derefter med rette har antaget, at redningstjenesternes anvendelse af blåt blink og udrykningshorn skal betragtes som udøvelse af en

24 — Foruden de allerede nævnte domme, jf. dom af 18.12.2007, sag C-281/06, Jundt, Sml. I, s. 12231, præmis 35 ff., med hensyn til udøvelse af undervisningsvirksomhed i opdrag for et universitet.

25 — Jf. punkt 54 f. i dette forslag til afgørelse.

ekstraordinær retlig beføjelse, synes den konkrete udformning af denne ekstraordinære retlige beføjelse efter min opfattelse ikke at have den intensitet, som ifølge fast retspraksis kræves, for at artikel 45 EF finder anvendelse. De anførte ekstraordinære retlige beføjelser er nemlig begrænset til på den ene side at indrette redningstjenestens køretøjer på en speciel måde og forsyne dem med blåt blink og udrykningshorn og på den anden side med disse køretøjer under bestemte betingelser at gøre krav på fortrinsret i trafikken i forhold til andre trafikanter, idet andre trafikanters manglende iagttagelse af disse ekstraordinære retlige beføjelser kan pålægges en bødestraf. Disse forholdsvis svagt udformede ekstraordinære retlige beføjelser opfylder efter min opfattelse ikke de ovennævnte høje kvalitative krav til udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45 EF.

68. I denne forbindelse er det heller ikke overbevisende, når den tyske regering har anført, at redningstjenesterne deltager i organiseringen af redningstjenesten og i brand- og civilbeskyttelse samt stiller redningsudstyr til rådighed til støtte for sikkerhedsmyndigheder og brandvæsen. I den forbindelse bemærker jeg først og fremmest, at tilrådighedsstillelsen af redningsudstyr til støtte for sikkerhedsmyndigheder generelt skal betragtes som en rent understøttende og forberedende virksomhed, der ifølge den ovenfor gennemgåede retspraksis ikke kan være direkte forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Selv hvis de af Forbundsrepublikken Tyskland anførte eksempler på, at redningstjenesterne deltager i organiseringen af redningstjenesten og i brand- og civilbeskyttelse[26], skulle være mere vidtgående end en rent understøttende og forberedende virksomhed, opfylder denne virksomhed heller ikke de ovennævnte høje kvalitative krav til udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45 EF.

69. Argumentet om, at delstatslovgivningen ofte giver mulighed for at udnævne redningstjenestepersonale til administrativt håndhævelsespersonale, er ikke holdbart, da det klart fremgår af Domstolens faste praksis, at undtagelsen i artikel 45 EF og 55 EF ikke kan udvides til et helt erhverv, når en virksomhed, der eventuelt er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, udgør et element, der kan udskilles fra det pågældende erhvervs virksomhed som helhed[27].

70. På baggrund heraf når jeg til den konklusion, at den omhandlede virksomhed i form af udførelse af redningstjenesteydelser ikke

26 — Som eksempler på offentlige opgaver, der udføres af redningstjenestepersonale, har Forbundsrepublikken nævnt rydnings-, sikkerheds- og afspærringsforanstaltninger i nødstilfælde og generelt deltagelse i planlægning, organisering og forvaltning af redningstjenesten, i hvilken forbindelse de f.eks. har ret til at pålægge tredjeparter oplysnings- og underretningspligt eller kan træffe beslutning om indsats af andre eksperttjenester.

27 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt i ovenfor fodnote 22, præmis 47, og dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 45.

som sådan er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. I den foreliggende sag er undtagelsesbestemmelsen i artikel 45 EF derfor ikke relevant.

2. Ingen begrundelse i henhold til artikel 86, stk. 2, EF

71. Under henvisning til Ambulanz Glöckner-dommen[28] har Forbundsrepublikken Tyskland subsidiært anført, at redningstjenesteydelser skal betragtes som tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse som omhandlet i artikel 86, stk. 2, EF, idet den begrundelse, der er indeholdt i denne bestemmelse, uden begrænsning kan overføres til området for etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

72. Jeg finder ikke denne argumentation overbevisende.

73. Forbundsrepublikken Tyskland har med rette anført, at Domstolen i dom af 23. oktober 1997 i sagen Kommissionen mod Nederlandene[29] og i dom af 18. juni 1998 i sagen Corsica Ferries France[30] fastslog, at begrundelsen i henhold til artikel 86, stk. 2, EF også finder anvendelse på statslige foranstaltninger, som er uforenelige med EF-traktatens bestemmelser om frie varebevægelser og fri udveksling af tjenesteydelser, og derfor bekræftede, at artikel 86, stk. 2, EF kan anvendes som begrundelse for tilsidesættelser af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med de grundlæggende friheder[31].

74. I betragtning af den nyere udvikling i Domstolens praksis rejser der sig imidlertid først og fremmest det spørgsmål, om dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene og Corsica Ferries France-dommen har uindskrænket gyldighed i denne henseende. Ifølge den seneste retspraksis indebærer den omstændighed, at en handling, på grundlag af dens konkrete udformning, ikke er omfattet af konkurrencereglernes anvendelsesområde, ikke nødvendigvis, at den også er udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri bevægelighed[32].

75. På denne baggrund rejser der sig det spørgsmål, om den retspraksis, der blev fastlagt ved dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene og Corsica Ferries France-dommen vedrørende anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF i forbindelse med de

28 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089.

29 — Sag C-157/94, Sml. I, s. 5699, præmis 27 ff.

30 — Sag C-266/96, Sml. I, s. 3949, præmis 59.

31 — På samme måde Mestmäcker og Schweitzer, i Immenga og Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. oplag, München, 2007, artikel 86, stk. 2, EF, punkt 42; Pernice og Wernicke, i Grabitz og Hilf, a.st. (fodnote 14), artikel 86 EF, punkt 53.

32 — Dom af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union (»Viking Line«), Sml. I, s. 10779, præmis 53. Jf. tillige dom af 18.7.2006, sag C-519/04 P, Meca-Medina, Sml. I, s. 6991, præmis 31-34.

grundlæggende friheder, ikke bør efterprøves, især da Domstolen syntes at udelukke en sådan anvendelse i sin ældre praksis[33].

76. I den foreliggende sag er det imidlertid ikke nødvendigt at uddybe dette spørgsmål. Det er nemlig ikke lykkedes Forbundsrepublikken Tyskland at bevise, at betingelserne for anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF som sådanne er opfyldt.

77. Det påhviler den medlemsstat, der påberåber sig artikel 86, stk. 2, at bevise, at betingelserne i henhold til denne bestemmelse er opfyldt[34].

78. I henhold til artikel 86, stk. 2, EF skal det i den foreliggende sag bevises, at de omhandlede redningstjenesteydelser skal betragtes som tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, at en ændring af den anfægtede tildelingspraksis i overensstemmelse med fællesskabsretten retligt eller faktisk hindrer eller truer udførelsen af disse tjenesteydelser, og at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes af den anfægtede praksis i et sådant omfang, at det er uforeneligt med Fællesskabets interesse.

79. Mens det synes at være uomtvistet, at udrykningskørsler skal betragtes som tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse som omhandlet i artikel 86, stk. 2, EF[35], har Forbundsrepublikken Tyskland i den foreliggende sag ikke bevist, at den anfægtede tildelingspraksis er tvingende nødvendig, og at opfyldelsen af opgaven med at udføre de omhandlede redningstjenesteydelser derfor ikke kan sikres med andre midler, som i højere grad er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

80. I denne henseende har Forbundsrepublikken Tyskland blot anført, at integreringen af nye udbydere af redningstjenesteydelser i en regions redningstjenestesystem kan vanskeliggøre eller forhindre krydssubsidiering mellem tætbebyggede områder, hvor det er mere rentabelt at udføre redningstjenester, og tyndtbefolkede områder, der er meget mindre rentable. Desuden er den beskyttelse,

33 — Dom af 10.7.1984, sag 72/83, Campus Oil m.fl., Sml. s. 2727, præmis 19.

34 — Jf. dom af 23.10.1997, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815, præmis 101.

35 — Jf. Ambulanz Glöckner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 55.

som den nuværende tildelingspraksis giver de medlemsorganiserede hjælpeorganisationer, der er aktive i Tyskland, nødvendig, da disse organisationer har pligt til at hjælpe i katastrofesituationer. Kun disse organisationer sikrer derfor, at det i en katastrofesituation er muligt at få hjælp fra et stort antal lokalt bosiddende frivillige hjælpearbejdere, og disse hjælpearbejdere skal have mulighed for regelmæssigt at tilegne sig praktisk erfaring.

81. Over for argumentet om krydssubsidiering har Kommissionen anført i replikken, at påstanden om, at redningstjenesteorganisationer behøver krydssubsidiering for at øge rentabiliteten i mindre rentable områder, ikke er et argument mod at udbyde redningstjenesteydelser i overensstemmelse med fællesskabsretten. Der kan tages hensyn til den forskellige rentabilitet i visse distrikter ved at betale et større beløb til mindre rentable områder. En anden mulighed består i et kombineret udbud af udrykningstjenesteydelser og sygetransporter for geografisk afgrænsede områder, som både omfatter mere rentable og mindre rentable distrikter.

82. I sin duplik har Forbundsrepublikken Tyskland ikke hævdet, at de udbudsalternativer, som Kommissionen har anført, under hensyntagen til de relevante faktiske og retlige omstændigheder vil vanskeliggøre eller endog umuliggøre opfyldelsen af opgaven med at udføre udrykningskørsler. På denne baggrund må argumentet om, at den anfægtede udbudspraksis er nødvendig på grund af den deraf følgende krydssubsidiering, forkastes, da det ikke er tilstrækkeligt præciseret.

83. Det samme gælder argumentet vedrørende det store antal lokalt bosiddende frivillige hjælpearbejdere. I denne henseende har Kommissionen som et alternativ, der er i overensstemmelse med udbudsreglerne, peget på muligheden for et udbud, hvor den lokale tilgængelighed blev taget i betragtning som et udvælgelseskriterium. Forbundsrepublikken Tyskland har heller ikke anfægtet denne mulighed nærmere i sin duplik.

84. På baggrund af disse betragtninger når jeg til den konklusion, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har opfyldt sin forpligtelse til at bevise, at den i den foreliggende sag anfægtede tildelingspraksis i forbindelse med redningstjenesteydelser opfylder betingelserne i artikel 86, stk. 2, EF. Påberåbelsen

af artikel 86, stk. 2, EF må derfor allerede af denne grund forkastes som ubegrundet.

om redningstjenesteydelser. Tjenesteydelsen omfattede angiveligt tilrådighedsstillelse af køretøjer og personale til udrykningskørsel og kvalificeret sygetransport i perioden 2007-2011, med en kontraktværdi på over 7 mio. EUR pr. år. Der var angiveligt ikke afholdt et udbud på fællesskabsplan.

3. Analyse af de ni anfægtede udbudsprocedurer

87. Denne fremstilling af de faktiske omstændigheder er ikke blevet anfægtet af Forbundsrepublikken Tyskland.

85. Kommissionen har anfægtet ni udbudsprocedurer vedrørende udførelse af redningstjenesteydelser i fire delstater. På dette grundlag har den søgt at få fastslået, at der foreligger en retsstridig tildelingspraksis i Forbundsrepublikken Tyskland. Da der kun kan foreligge en retsstridig praksis, for så vidt som fællesskabsretten rent faktisk er blevet tilsidesat i forbindelse med gennemførelsen af de enkelte anfægtede udbudsprocedurer, vil jeg først undersøge, om og i hvilket omfang der i forbindelse med gennemførelsen af de enkelte udbudsprocedurer kan fastslås tilsidesættelser af de bestemmelser og principper, som Kommissionen har anført.

88. Efter Kommissionens opfattelse har Forbundsrepublikken Tyskland i forbindelse med denne udbudsprocedure tilsidesat artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18. Derudover er også princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der er omfattet af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, blevet tilsidesat i denne forbindelse.

a) Byen Magdeburgs kontrakttildeling (Sachsen-Anhalt)

i) Tilsidesættelse af artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18

86. Ifølge Kommissionen har byen Magdeburg som ordregivende myndighed fra oktober 2005 gennemført en såkaldt »godkendelsesprocedure« i forbindelse med tildelingen af gensidigt bebyrdende kontrakter

89. Jeg er enig med Kommissionen, for så vidt som byen Magdeburgs anfægtede kontrakttildeling under alle omstændigheder indebar en

tilsidesættelse af artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18.

i værdimæssig henseende i forbindelse med redningstjenesteydelserne.

ii) Ingen tilsidesættelse af det primærretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og det primærretlige krav om gennemsigtighed

90. Ifølge Kommissionens uomtvistede fremstilling har byen Magdeburg som ordregivende myndighed som omhandlet i udbudsdirektiverne med en tjenesteyder indgået en skriftlig gensidigt bebyrdende kontrakt om udførelse af redningstjenesteydelser, hvis anslåede kontraktværdi ligger over tærskelværdierne i direktiv 92/50 og 2004/18. Selv om det ikke er præcist fastslået, på hvilket tidspunkt visse udbudsretligt relevante processer fandt sted — ifølge Kommissionen blev proceduren gennemført fra oktober 2005 — og det derfor ikke ligger fast, om den anfægtede tildeling skal undersøges helt eller delvist på grundlag af direktiv 92/50 eller helt eller delvist på grundlag af direktiv 2004/18[36], kan det forhold, at der mangler mere præcise oplysninger om det kronologiske forløb af udbudsprocessen i den foreliggende sag, ikke føre til den konklusion, at udbudsreglerne ikke er blevet tilsidesat. I henhold til både direktiv 92/50 og 2004/18 skulle byen Magdeburg nemlig have overholdt forpligtelsen til at fremsende meddelelse om tildelte kontrakter (artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18), uanset om transportkomponenterne eller lægebehandlingskomponenterne var fremtrædende

— Vurdering af realiteten på baggrund af den antagelse, at anbringendet om tilsidesættelse af den primære ret delvis skal afvises

91. Som jeg allerede har nævnt ved vurderingen af sagens formalitet, må det foreliggende søgsmål afvises, for så vidt som der dermed er nedlagt påstand om, at det fastslås, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, er blevet tilsidesat ved tildelingen af kontrakter om udførelse af redningstjenesteydelser, der overvejende vedrører persontransport[37].

92. Anbringendet om tilsidesættelse af disse primærretlige principper kan derfor kun antages til realitetsbehandling, for så vidt som det

36 — Det afgørende er retsstillingen på det tidspunkt, hvor handlingen angiveligt er foretaget eller undladt. Jf. i denne henseende A. Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, punkt 416. Jf. ligeledes dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 38 ff.

37 — Jf. punkt 30 ff. i dette forslag til afgørelse.

anfægter udbud af redningstjenesteydelser, der overvejende vedrører lægebehandling.

93. For at dette — således afgrænsede — anbringende kan anses for at være begrundet, skal Kommissionen først og fremmest bevise, at de udbudsprocedurer, som den har anfægtet, omfattede redningstjenesteydelser, der overvejende vedrørte lægebehandling. I den foreliggende sag har Kommissionen imidlertid hverken påvist eller blot gjort dette gældende. Tværtimod er det efter Kommissionens opfattelse ikke nødvendigt at undersøge, om de omhandlede tjenesteydelser overvejende vedrører persontransport eller lægebehandling.

94. Da det under en traktatbrudssag i henhold til artikel 226 EF påhviler Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger, og fremføre alle omstændigheder, for at Domstolen kan efterprøve sagen[38], og da Kommissionen i betragtning af det ovenstående ikke har opfyldt sin forpligtelse til at redegøre eller føre bevis herfor, må anbringendet om tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, for så vidt som det kan antages til realitetsbehandling, forkastes som ubegrundet.

— Subsidiært: vurdering af realiteten i tilfælde af, at anbringendet om tilsidesættelse af den primære ret skulle blive antaget til realitetsbehandling i sin helhed

95. Såfremt Domstolen — i modsætning til min opfattelse — skulle finde, at anbringendet om tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, kan antages til realitetsbehandling i sin helhed, vil realiteten i forbindelse med dette anbringende også skulle undersøges i sin helhed.

96. I denne hypotese er udgangspunktet for vurderingen af realiteten konstateringen af, at Kommissionen bevidst har ladet det spørgsmål stå åbent, om de omhandlede redningstjenesteydelser overvejende vedrører persontransport eller lægebehandling. På grundlag heraf kan det ikke fastslås, om disse redningstjenesteydelser — som blandede tjenesteydelser som omhandlet i direktiv 92/50 og 2004/18 — fuldt ud er omfattet

38 — Jf. dom af 29.10.2009, sag C-246/08, Kommissionen mod Finland, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 52, af 6.10.2009, sag C-438/07, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 9517, præmis 49, og af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 33.

af udbudsdirektiverne[39], og om de dermed skulle have været givet i udbud under overholdelse af de udbudsprocedurer, der er fastsat i disse direktiver. Kommissionen har forsøgt at omgå dette problem ved i sit søgsmål generelt at have påberåbt sig en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

Princippet om den sekundære rets forrang

97. Som følge af denne procestaktiske beslutning fra Kommissionens side rejser der sig imidlertid i den foreliggende sag det principielle spørgsmål, om Kommissionen, såfremt den når frem til, at en medlemsstats adfærd kan tilsidesætte såvel den primære ret som fuldt ud direktiv 92/50 og 2004/18, frit kan afgøre inden for rammerne af en procedure efter artikel 226 EF, om den nedlægger sine påstande på grundlag af den primære ret eller på grundlag af udbudsdirektiverne. Dette spørgsmål vil jeg undersøge nærmere nedenfor på grundlag af princippet om den sekundære rets forrang samt under hensyntagen til formålet med proceduren i henhold til artikel 226 EF.

98. Derefter vil jeg behandle de strenge primærretlige krav, som ifølge den nyeste retspraksis gælder for beviset for en grænseoverskridende interesse ved udbud af underordnede tjenesteydelser, og se nærmere på, hvilken konklusion der kan udledes af denne retspraksis for vurderingen af den foreliggende sag.

99. Ifølge fast retspraksis indebærer princippet om den sekundære rets forrang, at når et bestemt område er blevet genstand for en udtømmende sekundærretlig harmonisering på fællesskabsplan, skal en national bestemmelse inden for dette område bedømmes på grundlag af den sekundære retsakts bestemmelser og ikke på grundlag af EF-traktatens bestemmelser[40].

100. I den foreliggende sag har Kommissionen på det primærretlige niveau i det væsentlige påberåbt sig en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

39 — Jf. i denne henseende punkt 344 ff. i dette forslag til afgørelse.

40 — Jf. dom af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 64.

101. Ifølge fast retspraksis tilsigter det primærretlige princip om ligebehandling på området for offentlige kontrakter, at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud, uafhængigt af nationalitet[41]. Af dette ligebehandlingsprincip og af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet følger en gennemsigtighedsforpligtelse, som består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne kontrakttildelingen for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske[42].

102. Dette primærretlige krav om ligebehandling og sikring af en tilstrækkelig gennemsigtighed er blevet harmoniseret i videst mulige udstrækning i direktiv 92/50 og 2004/18 på grundlag af særdeles detaljerede bestemmelser om meget forskellige forpligtelser vedrørende information, kommunikation og offentliggørelse. Disse sekundærretlige gennemsigtighedsforpligtelser er kendetegnet ved en detaljeret harmonisering, som på forskellige punkter kan betragtes som en fuldstændig harmonisering[43].

103. På baggrund af den sekundære rets forrang rejser der sig derfor i den foreliggende sag det spørgsmål, om Kommissionen kan påberåbe sig en tilsidesættelse af det primærretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og det heraf følgende krav om gennemsigtighed, selv om tildelingen af de omhandlede kontrakter fuldt ud vil være omfattet af udbudsdirektiverne, såfremt transportelementet er fremtrædende i værdimæssig henseende[44], og selv om princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af

41 — Dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 48.

42 — Dom af 15.10.2009, sag C-196/08, Acoset, Sml. I, s. 9913, præmis 49, og af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 21. Vedrørende dette forhold mellem princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, jf. dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 30 f., samt dom af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 66, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 17 f., og af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60 ff.

43 — Det kan generelt antages, at direktiv 92/50 og 2004/18 ikke som sådanne tilsigter at foretage en fuldstændig harmonisering af indgåelsen af offentlige kontrakter, der er omfattet af deres respektive anvendelsesområder. Dette fremgår allerede af overskrifterne til disse direktiver, hvor der tales om »samordning« af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakterne. Den omstændighed, at der med disse direktiver tilstræbes en minimumsharmonisering, udelukker imidlertid ikke, at der på visse områder alligevel er blevet foretaget en udtømmende harmonisering. I betragtning af de særdeles detaljerede bestemmelser, som disse direktiver indeholder med hensyn til forpligtelser vedrørende information, kommunikation og offentliggørelse i de enkelte udbudsprocedurer, er det frem for alt på dette område særdeles vanskeligt at foretage en afgrænsning mellem en — meget deltaljeret — minimumsharmonisering og en udtømmende, fuldstændig harmonisering. Som generaladvokat Mazák med rette fremhævede i sit forslag til afgørelse af 22.9.2009 i sag C-299/08, Kommissionen mod Frankrig, punkt 12 ff., og Domstolen bekræftede i sin dom af 10.12.2009, sag C-299/08, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 11587, præmis 28 ff., må opregningen af de enkelte udbudsprocedurer i artikel 28 ff. i direktiv 2004/18 under alle omstændigheder betragtes som udtømmende. Heraf følger umiddelbart, at i det mindste også nogle af de bestemmelser, der vedrører disse procedurer, må betragtes som udtryk for en fuldstændig harmonisering.

44 — Hvis Kommissionen derimod havde bevist, at redningstjenesteydelserne skal behandles som kontrakter om underordnede tjenesteydelser og derfor kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, vil det ifølge fast retspraksis — hvis der er tale om en entydig grænseoverskridende interesse — være muligt at anvende de principper, der følger af artikel 43 EF og 49 EF. Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 29 f.

principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, er harmoniseret detaljeret og på visse områder endog udtømmende i disse udbudsdirektiver.

104. Dette spørgsmål er ikke hidtil blevet besvaret endeligt i Domstolens praksis.

105. Det ligger fast, at den sekundære rets forrang udelukker påberåbelse af begrundelser i den primære ret for krænkelser af grundlæggende friheder, for så vidt som krænkelsen vedrører et område, hvor begrundelserne er omfattet af en fuldstændig harmonisering[45]. Omvendt kan en national bestemmelse, hvorved en medlemsstat opfylder sine forpligtelser i henhold til en sekundærretlig retsakt, ikke anses for at udgøre en tilsidesættelse af en grundlæggende frihed[46]. Det ville nemlig rejse tvivl om den sekundære rets gyldighed, hvis en tilladelse i henhold til den primære ret kunne spilles ud mod et forbud i henhold til den sekundære ret eller et krav i henhold til den sekundære ret mod et forbud i henhold til den primære ret[47].

106. Selv om det ligeledes er blevet bekræftet i flere præjudicielle afgørelser, at nationale foranstaltninger ikke længere kan vurderes på grundlag af de grundlæggende friheder, såfremt og i det omfang der foreligger udtømmende sekundærretlige bestemmelser[48], er det hidtil forblevet uafklaret, om det heller ikke længere under et traktatbrudssøgsmål umiddelbart er muligt at påberåbe sig tilsidesættelse af de grundlæggende friheder, hvis den anfægtede adfærd samtidig udgør eller kan udgøre en tilsidesættelse af sekundærretlige bestemmelser, hvorved et område, der er omfattet af en af disse grundlæggende friheder, er blevet fuldstændigt harmoniseret[49].

107. Efter min opfattelse kan en tilsidesættelse af princippet om forbud mod

45 — Dom af 24.3.2009, sag C-445/06, Danske Slagterier, Sml. I, s. 2119, præmis 25, af 11.7.1996, forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., Sml. I, s. 3457, præmis 25, af 30.11.1983, sag 227/82, Van Bennekom, Sml. s. 3883, præmis 35, og af 5.10.1977, sag 5/77, Tedeschi, Sml. s. 1555, præmis 33 ff.

46 — Jf. Deutscher Apothekenverband-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 52 ff.

47 — I denne retning Randelzhofer og Forsthoff, i Grabitz og Hilf, a.st. (fodnote 14), inden artikel 39-55 EF, punkt 149.

48 — Som principiel dom kan henvises til dom af 12.10.1993, sag C-37/92, Vanacker og Lesage, Sml. I, s. 4947. Jf. ligeledes dom af 17.4.2007, sag C-470/03, AGM-COS.MET, Sml. I, s. 2749, præmis 50 ff., af 13.1.2005, sag C-145/02, Denkavit, Sml. I, s. 51, præmis 22 ff., af 14.12.2004, sag C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft, Sml. I, s. 11763, præmis 52 ff., og af 13.12.2001, sag C-324/99, Daimler Chrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32 ff.

49 — Med hensyn til en begrænsning af anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder som følge af fuldstændigt harmoniserede sekundærretlige retsakter, jf. T. Kingreen, *Kommentar zu EUV/EGV* (udg. af C. Calliess og M. Ruffert), 3. oplag, 2007, artikel 28-30 EF, punkt 18.

forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, ikke længere umiddelbart påberåbes under et traktatbrudssøgsmål, hvis den anfægtede adfærd samtidig udgør en tilsidesættelse af sekundærretlige bestemmelser, der er støttet på disse grundlæggende friheder og har karakter af en fuldstændig harmonisering. Hvis Kommissionen derimod i et sådant tilfælde fik mulighed for at vælge mellem enten at påberåbe sig en krænkelse af den grundlæggende frihed eller en tilsidesættelse af de fuldstændigt harmoniserede sekundærretlige bestemmelser, ville dette i vidt omfang underminere den sekundære rets gyldighed.

108. Fuldstændigt harmoniserede sekundærretlige retsakter er kendetegnet ved, at medlemsstaterne hverken må over- eller underskride de relevante fællesskabsbestemmelser. På denne baggrund er de fuldstændigt harmoniserede bestemmelser i princippet formuleret meget konkret. Hvis et område, der er omfattet af en grundlæggende frihed, derfor gøres til genstand for en fuldstændig sekundærretlig harmonisering, er det næsten udelukket, at den primære ret og den sekundære ret pålægger medlemsstaterne nøjagtigt de samme pligter. Med de sekundærretlige bestemmelser er der nemlig sket en eksakt formulering og konturgivning af bestemmelserne i relation til de grundlæggende friheder i form af konkrete rettigheder og pligter. De primærretlige bestemmelser er derimod meget mere generelle og kan derfor i princippet overholdes på forskellig måde. Denne forskellige grad af regulering fører nødvendigvis til et indholdsmæssigt spændingsforhold mellem primær ret og fuldstændigt harmoniseret sekundær ret, navnlig mellem en »tilladelse i henhold til den primære ret« og et »forbud i henhold til den sekundære ret« eller omvendt.

109. I den ovennævnte retspraksis, hvorefter primærretlige begrundelser ikke finder anvendelse, såfremt og i det omfang disse er omfattet af en fuldstændig harmonisering, løses dette spændingsforhold mellem en »tilladelse i henhold til den primære ret« og et »forbud i henhold til den sekundære ret« til fordel for forbuddet i henhold til den sekundære ret, som dermed indrømmes forrang. På grundlag af den samme interesseafvejning må også det generelle spændingsforhold mellem den indholdsmæssigt mere abstrakte og mindre konturerede, primærretlige grundlæggende frihed og indholdsmæssigt stærkt konkretiserede og konturerede, fuldstændigt harmoniserede sekundærretlige bestemmelser, der er støttet herpå, ophæves til fordel for disse sekundærretlige bestemmelser[50], hvilket Domstolen nu har bekræftet i fast praksis i forbindelse med præjudicielle afgørelser[51].

50 — Muligheden for, at borgere kan påberåbe sig frie varebevægelser, selv om der foreligger to harmoniseringsdirektiver, blev ganske vist bekræftet i Danske Slagterier-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 18 ff., men Domstolen har med denne dom ikke udtalt sig imod den sekundære rets forrang i den her anvendte betydning. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse af 4.9.2008 i den pågældende sag (punkt 82), er der nemlig ikke noget, der tyder på, at fællesskabslovgiver ved dette direktiv samtidig tillægger unionsborgerne rettigheder og dermed ønsker at fratage dem deres mulighed for at påberåbe sig retten til frie varebevægelser i henhold til artikel 28 EF.

51 — Jf. i den henseende de domme, der er nævnt ovenfor i fodnote 48.

110. På baggrund af ovenstående betragtninger kan Kommissionen, såfremt den når frem til, at en medlemsstats adfærd kan tilsidesætte såvel primærretlige bestemmelser som fuldstændigt harmoniseret sekundær ret, der er støttet herpå, under et traktatbrudssøgsmål ikke begrænse sig til generelt at påberåbe sig en tilsidesættelse af den primære ret.

111. Det samme må gælde i en sag som den foreliggende, hvor der er påberåbt en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, og det heraf følgende krav om gennemsigtighed, selv om udbudsdirektiverne fuldt ud kan finde anvendelse, og netop kravet om gennemsigtighed er reguleret detaljeret — og i visse henseender udtømmende — i disse direktiver. Som følge af den særdeles detaljerede sekundærretlige konkretisering af gennemsigtighedsforpligtelserne i udbudsdirektiverne opstår nemlig også i denne forbindelse problemet i form af et spændingsforhold mellem en »tilladelse i henhold til den primære ret« og et »forbud i henhold til den sekundære ret« og omvendt, som i lyset af den allerede behandlede vurdering skal ophæves til fordel for de sekundærretlige bestemmelser[52].

112. På baggrund af disse betragtninger kan Kommissionen i en sag som den foreliggende ikke begrænse sig til generelt at påberåbe sig en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

113. Denne konstatering bekræftes ved en nærmere analyse af formålet med traktatbrudsproceduren i henhold til artikel 226 EF. Denne procedure har i det væsentlige en objektiv retlig funktion, nemlig en ensartet gennemførelse og sikring af fællesskabsretten[53]. Formålet med traktatbrudsproceduren i henhold til artikel 226 EF er derfor ikke at straffe en medlemsstat. En konstatering af, at en vis proces eller tilstand er i strid med fællesskabsretten, er ikke et mål i sig selv,

52 — I denne henseende skal jeg bemærke, at det i forbindelse med en minimumsharmonisering foreskrives, hvilke minimumsstandarder medlemsstaterne skal opnå. Hvis disse minimumsstandarder fastsætter strenge regler om procedurer og frister, der skal overholdes for at sikre ligebehandlingsprincippet og kravet om gennemsigtighed, kan der opstå et spændingsforhold mellem disse og de primærretlige bestemmelser, som ikke er mindre stærkt udpræget end i tilfælde af en fuldstændig harmonisering.

53 — C. Gaitanides, i: H. von der Groeben og J. Schwarze (udg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. oplag, Baden-Baden, 2003, artikel 226 EF, punkt 2. Jf. tillige H.W. Rengeling, A. Middeke, og M. Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2. oplag, München, 2003, § 6, punkt 2.

men skal først og fremmest skaffe vished om, hvorvidt og i hvilket omfang der foreligger en tilstand, der er i strid med fællesskabsretten. En retlig konstatering af, at en medlemsstat har begået traktatbrud, skal samtidig gøre det muligt at fastslå, hvilke foranstaltninger der er påkrævet i henhold til fællesskabsretten for at (gen)oprette en tilstand, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten[54].

114. Såfremt det i en sag som den foreliggende skulle blive fastslået generelt, at Forbundsrepublikken Tyskland med den anfægtede kontrakttildeling har tilsidesat det primærretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og det primærretlige krav om gennemsigtighed, uden at afklare, om de omhandlede blandede tjenesteydelser overvejende indeholder primære tjenesteydelseselementer, og udbudsdirektiverne derfor fuldt ud finder anvendelse, vil det efterfølgende ikke kunne fastslås med sikkerhed, hvilke foranstaltninger der vil være påkrævet i henhold til fællesskabsretten for at (gen)oprette en tilstand, der er i overensstemmelse fællesskabsretten. Såfremt redningstjenesteydelserne nemlig fuldt ud er omfattet af udbudsdirektiverne, vil en overholdelse af det indholdsmæssigt mindre stærkt konturerede og konkretiserede primærretlige krav om gennemsigtighed ikke være tilstrækkelig til at opfylde de særdeles detaljerede bestemmelser i udbudsdirektiverne[55].

115. På baggrund af disse betragtninger når jeg til den konklusion, at byen Magdeburgs kontrakttildeling, som Kommissionen har anfægtet, under hensyntagen til den sekundære rets forrang samt formålet med traktatbrudsproceduren i henhold til artikel 226 EF ikke kan vurderes på grundlag af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser.

Bevis for en grænseoverskridende interesse ved udbud af underordnede tjenesteydelser

116. Rent nationale situationer er principielt ikke omfattet af anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder. Derfor skal Kommissionen, når den påberåber sig

54 — Jf. C. Gaitanides, a.st., fodnote 53, punkt 12, hvorefter proceduren i henhold til artikel 226 EF hverken vedrører medlemsstaternes ansvar i henhold til den almindelige folkeret eller en domfældelse, men derimod en objektiv konstatering af en tilstand. Proceduren har en ren reguleringsfunktion og alene til formål at tvinge medlemsstaterne til at bringe eksisterende traktatbrud til ophør. Fordømmelsen af den stat, der har handlet i strid med traktaten, kan højst være en bieffekt, men er aldrig formålet med proceduren.

55 — Ifølge fast retspraksis består gennemsigtighedsforpligtelsen således ganske vist i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, uden imidlertid nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud; jf. dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 25, samt Coname-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 21. I denne forbindelse har A. Egger, a.st. (fodnote 36), præmis 147 ff., peget på, at de primærretlige bestemmelser giver medlemsstaterne et større spillerum end udbudsdirektiverne. Han har i den forbindelse helt korrekt påpeget, at der ikke kun er tale om, at undersøgelsen har et andet omfang, men at de primærretlige bestemmelser også er mere generelle og derfor overordnet set mindre strenge og detaljerede. Jf. I.J. van den Berge, »De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies«, *NTER* 2005, s. 241, 243, som er af den opfattelse, at artikel 28 EF, 43 EF og 49 EF næppe giver mulighed for at sige noget generelt om, hvilke gennemsigtighedsforpligtelser der skal overholdes.

en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, fremlægge bevis for en grænseoverskridende interesse for den omhandlede kontrakttildeling.

117. I sin dom af 13. november 2007 i sagen Kommissionen mod Irland[56] anførte Domstolen med hensyn til udbud af tjenesteydelser, der er opført i bilag I B til direktiv 92/50, at sådanne tjenesteydelser ganske vist principielt er undergivet traktatens principper vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, men at Kommissionen altid skal fremlægge bevis for, at den pågældende kontrakt frembød en klar grænseoverskridende interesse. I denne henseende kan den blotte henvisning fra Kommissionen til, at der foreligger en klage, som er blevet rettet til den i forbindelse med den pågældende kontrakt, ikke være tilstrækkeligt til at godtgøre, at den nævnte kontrakt frembød en klar grænseoverskridende interesse, og følgelig til at fastslå, at der foreligger et traktatbrud[57].

118. Denne nøje undersøgelse af eksistensen af en grænseoverskridende interesse ved udbud af underordnede tjenesteydelser kan — i det mindste delvis — forklares ved, at kontrakter om tjenesteydelser, der er opført i bilag I B til direktiv 92/50 og bilag II B til direktiv 2004/18, efter fællesskabslovgivers opfattelse ikke umiddelbart frembyder nogen grænseoverskridende interesse. På denne baggrund foreskriver direktiv 92/50 og 2004/18 kun efterfølgende offentliggørelse for denne kategori af tjenesteydelser[58].

119. Da det under en traktatbrudssag påhviler Kommissionen at fremføre alle omstændigheder, for at Domstolen kan efterprøve sagen, kan den ikke omgå de strengere primærretlige krav til beviset for en grænseoverskridende interesse, som gælder for udbud af blandende tjenesteydelser med overvejende underordnede tjenesteydelseskomponenter, ved bevidst at lade stå åbent, hvordan de omhandlede blandede tjenesteydelser skal betragtes i udbudsretlig henseende. I en sag som den foreliggende skal Kommissionen derfor også godtgøre en grænseoverskridende interesse ved udbud af de omhandlede tjenesteydelser i henhold til de strenge betingelser, som Domstolen har fastsat i sin dom af 13. november 2007 i sagen Kommissionen mod Irland med hensyn til underordnede tjenesteydelser.

120. Som bevis for eksistensen af en grænseoverskridende interesse for byen Magdeburgs kontrakttildeling har Kommissionen blot henvist til en generel klage over udbud

56 — Dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 29 ff.

57 — Ibidem, præmis 34.

58 — Ibidem, præmis 25. Jf. ligeledes W. Frenz, *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin m.fl., 2007, punkt 2116.

af redningstjenesteydelser i Tyskland samt til den økonomiske betydning af de pågældende tjenesteydelser, som gør, at der på grund af det store kontraktvolumen nødvendigvis må antages at være en stor interesse fra udenlandske tjenesteyderes side. Disse generelle bemærkninger fra Kommissionens side, som ikke på nogen måde henviser til byen Magdeburgs kontrakttildeling, og som derudover til dels er baseret på formodninger, opfylder ikke de høje krav, der stilles til beviset for en grænseoverskridende interesse ved udbud af underordnede tjenesteydelser.

121. Da der ikke er godtgjort et grænseoverskridende element, må Kommissionens argument om, at byen Magdeburgs kontrakttildeling ligeledes indebærer en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, forkastes som ubegrundet.

iii) Konklusion

122. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at byen Magdeburgs anfægtede kontrakttildeling indebærer, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18. I øvrigt må Kommissionens argumenter med hensyn til byen Magdeburgs kontrakttildeling afvises eller i det mindste forkastes som ubegrundet.

b) Kontrakttildelinger i byerne Bonn (Nordrhein-Westfalen) og Witten (Nordrhein-Westfalen), regionen Hannover (Niedersachsen) og Landkreis Hameln-Pyrmont (Niedersachsen)

123. Med hensyn til de anfægtede kontrakttildelinger i byerne Bonn og Witten, regionen Hannover og Landkreis Hameln-Pyrmont har Kommissionen anført følgende.

124. I 2004 tildelte byen Bonn som ordregivende myndighed en kontrakt om redningstjenesteydelser i perioden fra den 1. januar 2005 til den 31. december 2008 uden afholdelse af et udbud på fællesskabsplan. Kontrakten vedrørte bl.a. driften af fire redningsvagter. Kontraktværdien udgjorde mindst 5,28 mio. EUR.

125. I det mindste siden 2005 har byen Witten som ordregivende myndighed tildelt kontrakter om redningstjenesteydelser til en værdi af 945 753 EUR pr. år uden afholdelse af et udbud på fællesskabsplan. Kontrakterne vedrørte driften af en redningsvagt.

126. I 2004 afholdt regionen Hannover som ordregivende myndighed et udbud vedrørende udførelse af redningstjenesteydelser i sit område, som udelukkende de hidtidige udbydere — Arbeiter-Samariter-Bund (herefter (»ASB«), Deutsche Rote Kreuz (herefter (»DRK«), Johanniter-Unfallhilfe (herefter »JUH«) og RKT GmbH — måtte deltage i. De tildelte kontrakter vedrørte perioden fra den 1. januar 2005 til den 31. december 2009 og havde en samlet værdi på ca. 65 mio. EUR.

127. I 1993 overdrog Landkreis Hameln-Pyrmont det til DRK's lokale afdeling at udføre redningstjenesteydelser i sit område. Kontrakten, som oprindeligt havde en løbetid på ti år, blev ikke opsagt, men i 2003 forlænget i yderligere ti år uden afholdelse af udbud. Desuden blev der i 1999 oprettet en ny redningsvagt i kommunen Emmerthal, hvis drift ligeledes blev overdraget til DRK uden afholdelse af udbud. Den samlede værdi af disse udbudsprocesser udgjorde 7,2 mio. EUR pr. år.

128. Denne fremstilling af de faktiske omstændigheder er ikke anfægtet af Forbundsrepublikken Tyskland.

129. Kommissionen har i alle disse tilfælde påberåbt sig en tilsidesættelse af forpligtelsen til at fremsende meddelelse om tildelte kontrakter (artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18). Det er ubestridt, at disse tilsidesættelser foreligger.

130. Den tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, som Kommissionen ligeledes har påberåbt sig i alle disse tilfælde, anser jeg derimod ikke for at være godtgjort. Dette anbringende kan ikke tages til følge på grundlag af de samme retsdogmatiske og bevismæssige betænkeligheder, som jeg allerede har anført i forbindelse med analysen af byen Magdeburgs kontrakttildeling[59].

c) Kontrakttildeling i Landkreis Uelzen (Niedersachsen)

131. Med hensyn til Landkreis Uelzens kontrakttildeling har Kommissionen anført, at DRK udførte redningstjenesteydelser i Landkreis Uelzens område med undtagelse af Bevensen-Bienenbüttel-området på grundlag

59 — Jf. punkt 911 ff. i dette forslag til afgørelse.

af en kontrakt af 10. juli 1984. I 2004 blev denne kontrakt ændret væsentligt, hvilket må betragtes som tildeling af en ny kontrakt. Artikel 16 i direktiv 92/50 blev ikke overholdt i denne forbindelse. Desuden blev princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, tilsidesat i forbindelse med tildelingen af denne nye kontrakt.

132. Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at den kontraktændring, der blev foretaget i 2004, skyldtes, at Landkreis Uelzen i 1984 havde overdraget det til Samtgemeinde Bevensen (kommunesammenslutningen Bevensen) at udføre redningstjenesteydelser i Bevensen-Bienenbüttel-området. I 2002 havde DRK i forbindelse med en virksomhedsovertagelse overtaget hele redningstjenesten i Samtgemeinde Bevensen. Dette forklarer de kontraktændringer, der i 2004 blev aftalt mellem Landkreis Uelzen og DRK, som ikke er så væsentlige, at de udgør en ny procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, som er relevant i udbudsretlig henseende. Da den anfægtede kontrakttildeling derfor i sidste instans stammer fra 1984 og således fandt sted inden udløbet af gennemførelsesfristen for direktiv 92/50, kan en tilsidesættelse af dette direktiv ikke længere gøres gældende.

133. Spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder ændringer af et eksisterende kontraktforhold kan anses for en særskilt kontrakttildeling som omhandlet i udbudsdirektiverne, har Domstolen besvaret i sin dom af 19. juni 2008 i sagen Pressetext Nachrichtenagentur[60]. I den forbindelse understregede den navnlig, at ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, udgør indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer[61]. Der er bl.a. tale om en væsentlig ændring, hvis aftalen i betydeligt omfang udvides til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri[62].

134. Det fremgår af de dokumenter, som den tyske regering har fremlagt, og af dens indlæg, at den offentlige kontrakt i 2004 blev udvidet til at omfatte udførelse af offentlige redningstjenester i Bevensen-redningsvagtens område, som udgør ca. en fjerdedel af Landkreis Uelzens samlede areal. Forbundsrepublikken

60 — Dom af 19.6.2008, sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 28 ff.

61 — Ibidem, præmis 34.

62 — Ibidem, præmis 36.

Tyskland har endvidere anerkendt, at værdien af kontrakten for hele Landkreis Uelzen beløber sig til ca. 4 450 000 EUR pr. år, og at værdien af de redningstjenester, der skal udføres i Bevensen-redningsvagtens distrikt, udgør mindst 670 000 EUR pr. år[63].

135. De kontraktændringer, der blev aftalt mellem Landkreis Uelzen og DRK i 2004, har derfor medført, at kontrakten om udførelse af redningstjenesteydelser er blevet udvidet til at omfatte et yderligere område i Landkreis Uelzen, hvorved distriktets samlede areal steg med ca. 25%, og kontraktens samlede værdi blev øget med mindst 15%. De ændringer af kontrakten, der blev aftalt i 2004, må derfor anses for at være væsentlige, hvorfor denne proces må betragtes som tildeling af nye offentlige redningskontrakter i hele Landkreis Uelzen, som var omfattet af direktiv 92/50. Forbundsrepublikken Tysklands — ikke dokumenterede — oplysninger vedrørende overtagelsen af en anden tjenesteyders redningsvirksomhed ændrer intet ved denne vurdering.

136. Det er ubestridt i denne forbindelse, at artikel 16 i direktiv 92/50 ikke blev overholdt ved tildelingen af den nye kontrakt i 2004. Det er derfor godtgjort i den foreliggende sag, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat denne bestemmelse.

63 — Forbundsrepublikken Tysklands svarskrift af 4.9.2008, punkt 22.

137. Den tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, som Kommissionen ligeledes har påberåbt sig, anser jeg derimod ikke for godtgjort. Dette anbringende kan ikke tages til følge på grundlag af de samme retsdogmatiske og bevismæssige betænkeligheder, som jeg allerede har anført i forbindelse med analysen af byen Magdeburgs kontrakttildeling[64].

d) Kontrakttildelinger hos lokale sammenslutninger af redningstjenester i Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) og Vogtland (Sachsen)

138. Med hensyn til de anfægtede kontrakttildelinger hos de lokale sammenslutninger af redningstjenester i Westsachsen, Chemnitz/Stollberg og Vogtland har Kommissionen anført følgende.

139. Den lokale sammenslutning af redningstjenester i Westsachsen indgik som ordregivende myndighed kontrakter med ASB, DRK, JUH og brandvæsenet i Zwickau om udførelse af redningstjenesteydelser hver med en løbetid på fire år og en samlet kontraktværdi

64 — Jf. punkt 911 ff. i dette forslag til afgørelse.

på 7,9 mio. EUR pr. år. Disse kontrakter blev i 2003 forlænget med fire år uden afholdelse af udbud. Ved deres udløb blev disse kontrakter forlænget indtil den 31. december 2008.

140. Den lokale sammenslutning af redningstjenester i Chemnitz/Stollberg indgik som ordregivende myndighed kontrakter med ASB, DRK, JUH og brandvæsenet i Chemnitz om udførelse af redningstjenesteydelser hver med en løbetid på fire år og en samlet kontraktværdi på 3,3 mio. EUR pr. år. Disse kontrakter blev i 2002 forlænget med fire år uden afholdelse af udbud. Ved deres udløb blev disse kontrakter forlænget indtil den 31. december 2008.

141. Den lokale sammenslutning af redningstjenester i Vogtland indgik som ordregivende myndighed i henholdsvis 2002 og 2004 uden afholdelse af udbud kontrakter med ASB, DRK, JUH og den private redningstjeneste i Plauen og brandvæsenet i Plauen om udførelse af redningstjenesteydelser hver med en løbetid på fire år og en samlet kontraktværdi på 3,9 mio. EUR pr. år. Disse kontrakter havde en løbetid på fire år og blev ved deres udløb uden afholdelse af udbud forlænget indtil den 31. december 2008.

142. Kommissionen har i alle disse tilfælde påberåbt sig en tilsidesættelse af forpligtelsen til at fremsende meddelelse om tildelte kontrakter (artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18). Disse tilsidesættelser foreligger.

143. Denne konklusion ændres ikke af Forbundsrepublikken Tysklands bemærkninger om, at kontrakter på området for redningstjenesteydelser efter ikrafttrædelsen af Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (Sachsens lov om brandbeskyttelse, redningstjeneste og civilbeskyttelse) af 1. januar 2005 skal tildeles efter afholdelse af udbud. Forbundsrepublikken Tyskland har navnlig ikke modsagt Kommissionens konstatering af, at kontrakttildelingen i alle påtalte tilfælde er blevet forlænget indtil den 31. december 2008 efter de tidligere bestemmelser.

144. Ifølge fast retspraksis skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse[65]. I den foreliggende sag er forholdene den 16. februar 2007

65 — Dom af 6.10.2009, sag C-562/07, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 9553, præmis 23, af 19.5.2009, sag C-531/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4103, præmis 98, og af 19.6.2008, sag C-319/06, Kommissionen mod Luxemburg, Sml. I, s. 4323, præmis 72.

derfor relevante. På dette tidspunkt forelå den påtalte tilsidesættelse af udbudsdirektiverne.

145. Den tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, som Kommissionen ligeledes har påberåbt sig i alle disse tilfælde, anser jeg derimod ikke for godtgjort. Dette anbringende kan ikke tages til følge på grundlag af de samme retsdogmatiske og bevismæssige betænkeligheder, som jeg allerede har anført i forbindelse med analysen af byen Magdeburgs kontrakttildeling[66].

e) Konklusion

146. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at Forbundsrepublikken Tyskland i forbindelse med de påtalte tilfælde, hvor byerne Magdeburg, Bonn og Witten, regionen Hannover, Landkreis Uelzen og Landkreis Hameln-Pyrmont samt de lokale sammenslutninger af redningstjenester i Westsachsen, Chemnitz/Stollberg og Vogtland har tildelt kontrakter, har tilsidesat artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18. En mere vidtgående tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og kravet om gennemsigtighed, der følger af principperne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, er derimod ikke blevet godtgjort af Kommissionen.

4. Retsstridig tildelingspraksis i Forbundsrepublikken Tyskland

147. I den foreliggende sag har Kommissionen gjort gældende, at den tildelingspraksis, som den har anfægtet, tyder på, at der findes en fast og almen tildelingspraksis. På denne baggrund har den søgt at få fastslået, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat fællesskabsretten som følge af en retsstridig tildelingspraksis.

148. Såfremt det godtgøres, at der i en medlemsstat eksisterer en praksis, der er i strid med udbudsreglerne, kan denne praksis som sådan anfægtes inden for rammerne af proceduren i artikel 226 EF[67]. I den henseende skal Kommissionen i en første fase detaljeret påberåbe sig gentagne traktatbrud, som tyder på, at der eksisterer en praksis. Efterfølgende påhviler det den berørte medlemsstat

66 — Jf. punkt 911 ff. i dette forslag til afgørelse.

67 — I denne forbindelse skal jeg blot henvise til fast retspraksis, hvorefter en administrativ praksis også kan bevirke, at de forpligtelser, der følger af fællesskabsretten, tilsidesættes, endog selv om den gældende nationale lovgivning i sig selv er forenelig med fællesskabsretten. Jf. dom af 10.9.2009, sag C-416/07, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 7883, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis.

konkret at bestride de påtalte tilsidesættelser. I en anden fase skal det derpå undersøges, om der i forbindelse med de konstaterede tilsidesættelser er fremlagt tilstrækkeligt dokumenterede og udførlige beviser for eksistensen af den kritiserede praksis[68].

149. I den foreliggende sag har Kommissionen godtgjort, at byerne Magdeburg (Sachsen-Anhalt), Bonn (Nordrhein-Westfalen) og Witten (Nordrhein-Westfalen), regionen Hannover (Niedersachsen), Landkreis Uelzen (Niedersachsen) og Landkreis Pyrmont-Hameln (Niedersachsen) samt de lokale sammenslutninger af redningstjenester i Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) og Vogtland (Sachsen) ved udbud af redningstjenesteydelser har tilsidesat forpligtelsen til at fremsende meddelelse i henhold til artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18.

150. Derudover har Kommissionen anført, at det fremgår af dens undersøgelser, at der i perioden 2001-2006 for hele Forbundsrepublikken Tyskland kun er fremsendt meddelelse om to tildelte kontrakter. Denne fremstilling af de faktiske omstændigheder har Forbundsrepublikken Tyskland ikke anfægtet.

151. På baggrund af det ovenstående kan det derfor konkluderes, at der i delstaterne Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen og Sachsen findes en fast og almen tildelingspraksis i forbindelse med redningstjenesteydelser, hvor forpligtelsen til at fremsende meddelelse i henhold til artikel 16 i direktiv 92/50 og artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18 tilsidesættes.

152. Konstateringen af, at der i disse delstater findes en sådan praksis, der er i strid med udbudsreglerne, ændres heller ikke af det af Forbundsrepublikken Tyskland fremførte argument om, at delstaterne i lyset af to kendelser afsagt af Bundesgerichtshof den 1. december 2008[69] skal gennemgå deres hidtidige praksis i forbindelse med udbud af redningstjenesteydelser og tilpasse den under overholdelse af udbudsreglerne.

153. Som jeg allerede har anført, skal ifølge fast retspraksis spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse[70]. I den foreliggende sag er forholdene den 16. februar 2007 derfor rele-

68 — Jf. dom af 19.3.2009, sag C-489/06, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1797, præmis 40 ff.

69 — Bundesgerichtshofs kendelse af 1.12.2008, X ZB 31/08. Jf. i den henseende punkt 288 i dette forslag til afgørelse.

70 — Jf. punkt 144 i dette forslag til afgørelse.

vante. På dette tidspunkt forelå de påtalte tilsidesættelser af udbudsdirektiverne.

154. Af samme grund er det, som Forbundsrepublikken Tyskland har anført vedrørende ændringen af retsstillingen i delstaten Sachsen, hvor submissionsmodellen blev opgivet med virkning fra den 1. januar 2009, ikke af yderligere relevans i den foreliggende sag.

155. Det er imidlertid omtvistet, om Kommissionen kun har anfægtet den anvendte tildelingspraksis i delstaterne Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen og Sachsen, eller om den har anført den anvendte tildelingspraksis i disse fire delstater som eksempel på en fast og almen tildelingspraksis i alle delstater.

156. Kommissionens argument er i denne henseende selvmodsigende, for så vidt som den udtrykkeligt har anført i sin stævning, at det foreliggende søgsmål var begrænset til den anvendte tildelingspraksis i Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen og Sachsen, selv om den omtvistede tildelingspraksis også findes i andre tyske delstater[71]. I sin replik har Kommissionen derimod nedlagt påstand om, at det fastslås, at denne praksis er i strid med udbudsreglerne med hensyn til hele Forbundsrepublikken Tysklands område[72].

157. I denne forbindelse skal jeg bemærke, at nye anbringender, der fremsættes under sagens behandling, principielt ikke kan antages til realitetsbehandling[73]. På denne baggrund skal der i den foreliggende sag tages udgangspunkt i det geografisk begrænsede anbringende, der er indeholdt i stævningen, og hvorved Kommissionen kun har anfægtet den omhandlede tildelingspraksis i delstaterne Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen og Sachsen.

158. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg derfor sammenfattende til den konklusion, at Forbundsrepublikken Tyskland ved tildelingen af gensidigt bebyrdende kontrakter om udførelse af redningstjenesteydelser i delstaterne Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen og Sachsen indtil den 31. januar 2006 har

71 — Jf. punkt 10 i Kommissionens stævning af 15.4.2008. I punkt 5 i denne stævning havde Kommissionen allerede anført, at dens søgsmål var begrænset til den anvendte praksis ved tildelingen af kontrakter om redningstjenesteydelser efter submissionsmodellen, som gælder i hovedparten af de tyske delstater.

72 — Jf. punkt 17 ff. i Kommissionens replik af 21.11.2008.

73 — Jf. artikel 42, stk. 2, i Domstolens procesreglement.

tilsidesat artikel 10, sammenholdt med artikel 16, i direktiv 92/50 og efter den 1. februar 2006 artikel 22, sammenholdt med artikel 35, stk. 4, i direktiv 2004/18.

hvis der er nedlagt påstand herom. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 3, første afsnit, kan Domstolen dog fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

VIII — Sagens omkostninger

159. I henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger,

160. Da Kommissionen ikke bør gives medhold på samtlige punkter i den foreliggende sag, foreslår jeg, at Domstolen pålægger Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland hver at bære deres egne omkostninger.

IX — Forslag til afgørelse

161. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen fastslår følgende:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland har ved tildelingen af gensidigt bebyrdende kontrakter om udførelse af redningstjenesteydelser i delstaterne Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen og Sachsen indtil den 31. januar 2006 tilsidesat artikel 10, sammenholdt med artikel 16, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler og efter den 1. februar 2006 artikel 22, sammenholdt med artikel 35, 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.