CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL V. TRSTENJAK van 11 februari 2010[1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 3719

II — Rechtskader ..... I - 3719

A — Richtlijn 92/50 ..... I - 3719

B — Richtlijn 2004/18 ..... I - 3720

III — Feiten ..... I - 3721

IV — Precontentieuze procedure ..... I - 3722

V — Procedure voor het Hof en conclusies van partijen ..... I - 3722

VI — Voornaamste argumenten van partijen ..... I - 3723

VII — Juridische beoordeling ..... I - 3725

A — Ontvankelijkheid ..... I - 3725

1. Ambulancediensten als gemengde diensten binnen de systematiek van de aanbestedingsrichtlijnen ..... I - 3726

2. Herformulering van de grieven in het verzoekschrift ..... I - 3727

3. Tussenconclusie ..... I - 3730

B — Gegrondheid ..... I - 3730

1. Niet-toepasselijkheid van de afwijking van artikel 45, lid 1, EG ..... I - 3730

2. Geen rechtvaardiging op grond van artikel 86, lid 2, EG ..... I - 3736

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

3. Beoordeling van de negen gelaakte aanbestedingen ..... I - 3739

a) Plaatsing van een opdracht door de stad Magdeburg (Saksen-Anhalt) .. I - 3739

i) Schending van artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 ..... I - 3739

ii) Geen inbreuk op het primairrechtelijke discriminatieverbod en transparantievereiste ..... I - 3740

— Beoordeling van de gegrondheid voor het geval dat de grief inzake schending van het primaire recht ten dele niet-ontvankelijk is .... I - 3740

— Subsidiair: Beoordeling van de gegrondheid voor het geval dat de grief inzake schending van het primaire recht in zijn geheel ontvankelijk wordt verklaard ..... I - 3741

iii) Tussenconclusie ..... I - 3749

b) De opdrachten geplaatst door de steden Bonn (Noordrijn-Westfalen) en Witten (Noordrijn-Westfalen), de regio Hannover (Nedersaksen) en het kanton Hameln-Pyrmont (Nedersaksen) ..... I - 3749

c) De opdracht geplaatst door het kanton Uelzen (Nedersaksen) ..... I - 3750

d) De opdrachten geplaatst door de Rettungszweckverband Westsachsen (Saksen), de Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg (Saksen) en de Rettungszweckverband Vogtland (Saksen) ..... I - 3752

e) Tussenconclusie ..... I - 3754

4. Onrechtmatige aanbestedingspraktijk in de Bondsrepubliek Duitsland .... I - 3754

VIII— Kosten ..... I - 3757

IX — Conclusie ..... I - 3757

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak is gebaseerd op een door de Commissie ingesteld niet-nakomingsberoep overeenkomstig artikel 226 EG, waarmee zij het Hof verzoekt vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [2] en richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [3], en inbreuk heeft gemaakt op de beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van de verlening van diensten (artikelen 43 EG en 49 EG), door opdrachten voor diensten op het gebied van de openbare ambulancedienst in de deelstaten Saksen-Anhalt, Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen en Saksen niet openbaar te hebben uitgeschreven of niet op transparante wijze te hebben geplaatst en door geen mededelingen betreffende de gegunde opdrachten bekend te hebben gemaakt.

2 — PB L 209, blz. 1.
3 — PB L 134, blz. 114.

II — Rechtskader

A – *Richtlijn 92/50*

2. Overeenkomstig artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 zorgen de aanbestedende diensten ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.

3. Artikel 10 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De opdrachten die tegelijk betrekking hebben op in bijlage IA en in bijlage IB vermelde diensten, worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst indien de waarde van de in bijlage IA vermelde diensten hoger is dan die van de diensten welke in bijlage IB zijn vermeld en, zo niet, overeenkomstig de artikelen 14 en 16."

4. Artikel 16 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„1. De aanbestedende diensten die een overheidsopdracht hebben gegund of een prijsvraag voor ontwerpen hebben uitgeschreven,

zenden een aankondiging betreffende de uitslag van de aanbestedingsprocedures aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen.

2. De aankondigingen worden bekend-gemaakt:

[…]"

B — *Richtlijn 2004/18*

5. Overeenkomstig artikel 2 van richtlijn 2004/18 behandelen de aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen.

6. Artikel 22 van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„De opdrachten die zowel op in bijlage IIA als op in bijlage IIB vermelde diensten betrekking hebben, worden overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 geplaatst indien de waarde van de in bijlage IIA vermelde diensten hoger is dan die van de in bijlage IIB vermelde diensten en, zo niet, overeenkomstig artikel 23 en artikel 35, lid 4."

7. Artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„Aanbestedende diensten die een overheidsopdracht hebben geplaatst of een raamovereenkomst hebben gesloten, zenden uiterlijk 48 dagen na de gunning van de opdracht of de sluiting van de raamovereenkomst een aankondiging betreffende de resultaten van de procedure toe.

[…]

Met betrekking tot overheidsopdrachten voor de in bijlage IIB opgenomen diensten vermelden de aanbestedende diensten in de aankondiging of zij met de bekendmaking ervan instemmen. Voor deze opdrachten voor diensten stelt de Commissie volgens de in artikel 77, lid 2, bedoelde procedure de regels vast inzake de opstelling van statistische verslagen op de grondslag van deze aankondigingen, alsmede inzake de bekendmaking van die verslagen.

[…]"

personen die geen spoedgevallen zijn, met een voertuig geschikt voor patiëntenvervoer.

III — Feiten

8. In de Bondsrepubliek Duitsland valt de regeling van de ambulancediensten onder de wetgevende bevoegdheid van de deelstaten, die hun bevoegdheid op uiteenlopende wijze hebben uitgeoefend.

9. In de meeste deelstaten worden ambulancediensten verricht volgens een duaal stelsel, dat verschil maakt tussen de openbare ambulancedienst en ambulancediensten verricht op basis van vergunningen die zijn verleend overeenkomstig de wetgeving van de deelstaten inzake ambulancediensten .

10. Onder de openbare ambulancedienst valt normaliter zowel het vervoer van spoedgevallen als het gekwalificeerde ziekenvervoer. Bij het eerstgenoemde vervoer gaat het om het vervoer, onder deskundige begeleiding, van personen die als gevolg van verwondingen of ziekte in levensgevaar verkeren, per noodartswagen of per speciaal geëquipeerde ambulance. Het gekwalificeerde ziekenvervoer betreft het vervoer onder deskundige begeleiding van zieke, gewonde of hulpbehoevende

11. Diverse deelstaten hebben besloten de keuze van de verleners van openbare ambulancediensten over te laten aan de afzonderlijke steden, kantons, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor ambulancediensten, enz. Met het oog hierop sluiten deze territoriale lichamen over het algemeen overeenkomsten met individuele dienstverleners voor de zorgvoorziening van de bevolking in hun gebied. Indien deze diensten rechtstreeks door het territoriale lichaam worden vergoed, wordt het betrokken contract het „Submissionsmodell" genoemd. Worden de kosten van de diensten daarentegen door de dienstverlener rechtstreeks aan de patiënten of ziekenfondsen in rekening gebracht, wordt gesproken van het zogenoemde „Konzessionsmodell".

12. Met haar beroep komt de Commissie op tegen de plaatsing van opdrachten voor dienstverlening op het gebied van de openbare ambulancedienst in de deelstaten Nedersaksen, Noordrijn-Westfalen, Saksen en Saksen-Anhalt, waar algemeen het „Submissionsmodell" wordt gehanteerd. De Commissie stelt in het bijzonder dat in deze deelstaten opdrachten die onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, over het algemeen niet zijn uitgeschreven en niet op transparante wijze zijn geplaatst.

IV — Precontentieuze procedure

13. Nadat de Commissie diverse klachten had ontvangen, deelde zij de Bondsrepubliek Duitsland bij schrijven van 10 april 2006 mee dat deze bij het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van ambulancediensten onder bezwarende titel in de deelstaten Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen, Saksen en Saksen-Anhalt in strijd met de aanbestedingsrichtlijnen en het primaire recht zou kunnen hebben gehandeld. Tevens stelde zij dat de Bondsrepubliek Duitsland bij de aanbesteding van concessieovereenkomsten voor ambulancediensten de beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten zou kunnen hebben geschonden. De regering van de Bondsrepubliek Duitsland werd derhalve verzocht, overeenkomstig artikel 226 binnen twee maanden op het standpunt van de Commissie te reageren.

14. In haar schrijven van 10 juli 2006 bestreed de Bondsrepubliek Duitsland de gestelde inbreuken op het gemeenschapsrecht. Bovendien wees zij erop dat de wetgeving van Saksen in 2005 was gewijzigd, zodat ook in deze deelstaat uiterlijk vanaf 1 januari 2009 ambulancediensten zouden worden aanbesteed via een selectieprocedure die de beginselen van een niet-discriminerende mededinging eerbiedigt.

15. Bij schrijven van 15 december 2006 deed de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een met redenen omkleed advies toekomen. Hierin concludeerde zij dat de Bondsrepubliek Duitsland haars inziens de verplichtingen krachtens de richtlijnen 92/50 en 2004/18 en krachtens de beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten niet was nagekomen en nog steeds niet nakwam. De Commissie verzocht de Bondsrepubliek Duitsland derhalve de vereiste maatregelen te nemen om binnen twee maanden na betekening van het met redenen omkleed advies hieraan te voldoen.

16. In haar schrijven van 22 februari 2007 wees de Bondsrepubliek Duitsland de rechtsopvatting van de Commissie opnieuw van de hand. In haar ogen was in geen van de door de Commissie genoemde individuele gevallen sprake van een schending van gemeenschapsrecht.

V — Procedure voor het Hof en conclusies van partijen

17. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland geen gehoor gaf aan het met redenen omkleed advies, stelde de Commissie op 15 april 2008 beroep in overeenkomstig artikel 226 EG.

18. De Commissie verzoekt het Hof:

— vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen krachtens de richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18/EG niet is nagekomen en inbreuk heeft gemaakt op de beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten (artikelen 43 EG en 49 EG) door geen mededelingen betreffende gegunde opdrachten te hebben bekendgemaakt en door dienstverleningsopdrachten op het gebied van de openbare ambulancedienst niet openbaar te hebben uitgeschreven respectievelijk niet op transparante wijze te hebben geplaatst;

— de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten.

19. De Bondsrepubliek Duitsland verzoekt het beroep af te wijzen en de Commissie te verwijzen in de kosten.

20. Bij beschikking van 16 december 2008 heeft de president van het Hof het Koninkrijk der Nederlanden toegestaan te interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van de Bondsrepubliek Duitsland. Het Koninkrijk der Nederlanden concludeert, ter ondersteuning van de Bondsrepubliek Duitsland, tot verwerping van het beroep van de Commissie.

VI — Voornaamste argumenten van partijen

21. Volgens de Commissie is het in verschillende Duitse deelstaten gebruik geworden om opdrachten inzake openbare spoedeisende vervoersdiensten en gekwalificeerde ziekenvervoersdiensten in strijd met het aanbestedingsrecht, zonder in heel Europa te zijn aangekondigd en zonder dat een adequate transparantie gewaarborgd is, aan lokale aanbieders te gunnen.

22. Onder verwijzing naar negen concrete voorbeelden uit de deelstaten Nedersaksen, Noordrijn-Westfalen, Saksen en Saksen-Anhalt benadrukt de Commissie om te beginnen dat de voor de betrokken opdrachten verantwoordelijke steden, kantons en samenwerkingsverbanden moeten worden beschouwd als aanbestedende diensten in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Bovendien moeten de op het vlak van de openbare ambulancediensten geplaatste opdrachten worden aangemerkt als overheidsopdrachten onder bezwarende titel, waarvan de waarde in de concrete gevallen de voor de toepassing van

de richtlijnen 92/50 en 2004/18 relevante financiële drempels duidelijk overschrijdt.

23. Voor zover deze overheidsopdrachten vóór 31 januari 2006 zijn gegund, vallen zij binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50. Aangezien zij betrekking hebben op gemengde diensten, hadden zij overeenkomstig de bepalingen van de titels III en IV respectievelijk de artikelen 14 en 16 van richtlijn 92/50 moeten worden geplaatst, al naar gelang of de waarde van de vervoersdiensten hoger lag dan die van de medische diensten of omgekeerd. Ten aanzien van de opdrachten die na afloop van de omzettingstermijn van richtlijn 2004/18 zijn gegund, bevat die richtlijn een overeenkomstige regeling.

24. Gezien het feit dat het in alle genoemde concrete gevallen om opdrachten van grensoverschrijdend belang ging, heeft de Bondsrepubliek Duitsland volgens de Commissie bovendien inbreuk gemaakt op het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten besloten liggen .

25. De verweten schendingen zijn volgens de Commissie geen losstaande gevallen, maar kenmerkend voor een algemene, met het gemeenschapsrecht onverenigbare aanbestedingspraktijk. Deze zienswijze wordt haars inziens gestaafd door het feit dat slechts een uiterst gering aantal opdrachten voor ambulancediensten op Europese schaal is aanbesteed en slechts zeer weinig mededelingen van gegunde opdrachten zijn bekendgemaakt.

26. Volgens de Duitse regering is het voornemen van de Commissie, op basis van bepaalde aanbestedingsprocedures in vier van in totaal zestien deelstaten de aanbestedingspraktijk in de Bondsrepubliek Duitsland in het algemeen te laten veroordelen, niet geoorloofd. Ook heeft de Commissie de feiten in sommige gevallen onjuist weergegeven.

27. De Duitse regering doet bovendien een beroep op de afwijking waarin is voorzien in artikel 45, lid 1, EG juncto artikel 55 EG, die inhoudt dat de hoofdstukken van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten niet van toepassing zijn op de werkzaamheden ter uitoefening van openbaar gezag in een lidstaat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden. Dit is bij de in casu relevante ambulancediensten het geval. Aangezien deze twee hoofdstukken van het EG-Verdrag de rechtsgrondslag vormen van de aanbestedingsrichtlijnen, zijn die richtlijnen in casu niet van toepassing.

28. Subsidiair voert de Duitse regering aan dat de betrokken ambulancediensten voldoen aan de voorwaarde voor een geprivilegieerde behandeling volgens artikel 86, lid 2, EG. Aangezien deze bepaling niet alleen een afwijking van de mededingingsregels, maar ook van alle andere bepalingen van het EG-Verdrag behelst, is het beroep van de Commissie ook vanuit dit oogpunt ongegrond. Ten slotte verwijst de Duitse regering naar twee beslissingen van het Bundesgerichtshof van 1 december 2008, waarin dit vaststelde dat thans ook bij het sluiten van overeenkomsten inzake ambulancediensten het aanbestedingsrecht moet worden toegepast.

29. De Nederlandse regering stelt zich op het standpunt dat de Bondsrepubliek Duitsland noch in strijd met de aanbestedingsrichtlijnen, noch in strijd met de artikelen 43 EG en 49 EG heeft gehandeld. De betrokken openbare ambulancediensten moeten als diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG worden aangemerkt. Relevant is in dit opzicht dat de afwijking waarin deze bepaling voorziet, ook op het gebied van de fundamentele vrijheden geldt. Ten slotte gaat de Nederlandse regering in op de mogelijke toepasbaarheid van de afwijking volgens de artikelen 45 EG en 55 EG. Zij is echter van mening dat mogelijk is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van die uitzonderingsbepalingen op de ambulancediensten in kwestie.

VII — Juridische beoordeling

A — *Ontvankelijkheid*

30. Een bijzonderheid van niet-nakomingsprocedures in de zin van artikel 226 EG is, dat de afbakening die het voorwerp van de procedure in de precontentieuze procedure heeft gekregen, in de daaropvolgende gerechtelijke procedure het voorwerp van het geding bepaalt. Volgens vaste rechtspraak moeten het met redenen omkleed advies en het daaropvolgende niet-nakomingsberoep op dezelfde gronden en middelen berusten, zodat het Hof geen rekening kan houden met een grief die niet in het met redenen omkleed advies is aangevoerd. [4]

31. Deze ontvankelijkheidsvoorwaarde, die inhoudt dat de grieven in het verzoekschrift ten opzichte van die in het met redenen omkleed advies niet mogen worden uitgebreid, strekt tot bescherming van de rechten van verdediging van de betrokken lidstaat, die in de gelegenheid moet worden gesteld de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen na te komen en nuttig verweer te voeren tegen de door de Commissie geformuleerde grieven. Tevens komt

4 — Zie bijvoorbeeld arresten van 26 maart 2009, Commissie/Italië (C-326/07, Jurispr. blz. I-2291, punt 29); 24 juni 2004, Commissie/Nederland (C-350/02, Jurispr. blz. I-6213, punt 20); 11 mei 1989, Commissie/Duitsland (76/86, Jurispr. blz. 1021, punt 8), en 7 mei 1987, Commissie/België (186/85, Jurispr. blz. 2029, punt 13) .

in deze voorwaarde het algemene beginsel van procesrecht tot uitdrukking, dat in een contentieuze procedure het voorwerp van het geding duidelijk moet zijn omschreven. [5]

32. Mijns inziens heeft de Commissie de grieven in haar verzoekschrift op ongeoorloofde wijze uitgebreid ten opzichte van de grieven die zij in het met redenen omkleed advies had genoemd. Om dit te verduidelijken, zal ik om te beginnen ingaan op de classificatie van de betrokken ambulancediensten binnen de systematiek van de aanbestedingsrichtlijnen. Vervolgens zal ik aantonen hoe de Commissie de in haar met redenen omkleed advies vervatte grieven heeft geherformuleerd en hoe deze herformulering ook een wijziging van het voorwerp van het geding tot gevolg heeft gehad.

33. Dat de Bondsrepubliek Duitsland de ontvankelijkheid niet uitdrukkelijk op deze grond heeft bestreden, speelt geen rol. Daar het verbod van verruiming van het voorwerp van het beroep een door het EG-Verdrag gewilde essentiële waarborg is, waarvan de eerbiediging een wezenlijk vormvereiste is voor de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van de niet-nakoming door een lidstaat van de op hem rustende verplichtingen [6], kan het Hof dit ook zonder bezwaar van de Bondsrepubliek Duitsland ambtshalve vaststellen. [7]

1. Ambulancediensten als gemengde diensten binnen de systematiek van de aanbestedingsrichtlijnen

34. Zowel richtlijn 92/50 als richtlijn 2004/18 maakt een onderscheid tussen zogenoemde primaire en secundaire diensten. Primaire diensten zijn die vermeld in bijlage IA bij richtlijn 92/50 en in de inhoudelijk identieke bijlage IIA bij richtlijn 2004/18. Hiertoe behoren onder meer diensten op het gebied van het vervoer te land. Secundaire diensten zijn die vermeld in bijlage IB bij richtlijn 92/50 en in de inhoudelijk identieke bijlage IIB bij richtlijn 2004/18, en omvatten onder meer diensten op het gebied van de gezondheidszorg. Het belangrijkste verschil tussen de primaire diensten in de zin van de bijlagen IA en IIA en de secundaire diensten in de zin van de bijlagen IB en IIB bestaat er vanuit het oogpunt van het aanbestedingsrecht in, dat alleen de primaire diensten volledig aan de desbetreffende aanbestedingsrichtlijn zijn onderworpen. [8] Met betrekking tot secundaire diensten is daarentegen alleen bepaald

5 — Zie arrest van 22 maart 2007, Commissie/België (C-437/04, Jurispr. blz. I-2513, punten 39 e.v.), en arrest Commissie/Nederland (aangehaald in voetnoot 4, punten 18 e.v.).

6 — Zie bijvoorbeeld arrest van 27 april 2006, Commissie/Duitsland (C-441/02, Jurispr. blz. I-3449, punt 59).

7 — Argumentum a fortiori op basis van artikel 92, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Zie ook Karpenstein/Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Artikel 226 EGV, punt 82 (supplement 39, juli 2009).

8 — Artikel 8 van richtlijn 92/50 en artikel 20 van richtlijn 2004/18.

dat de regels inzake technische specificaties van toepassing zijn en dat de aanbestedende diensten de Commissie van de plaatsing van opdrachten op de hoogte moeten stellen. [9]

35. In de onderhavige procedure staat vast dat de relevante ambulancediensten moeten worden aangemerkt als gemengde diensten, die zowel aspecten van primaire als van secundaire diensten bevatten. Deze classificatie volgt rechtstreeks uit het arrest Tögel [10], waarin het Hof diensten op het gebied van het vervoer van zieken en gewonden onder begeleiding van een verpleger als gemengde diensten in de zin van artikel 10 van richtlijn 92/50 kwalificeerde. [11] Hierbij dient het vervoer van personen als primaire, de medische verzorging tijdens het vervoer als secundaire dienst te worden aangemerkt.

36. Op gemengde opdrachten voor primaire en secundaire diensten is overeenkomstig artikel 10 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 22 van richtlijn 2004/18 de desbetreffende aanbestedingsrichtlijn volledig van toepassing indien de waarde van de primaire diensten hoger is dan die van de secundaire. In het omgekeerde geval moeten de gemengde opdrachten als opdrachten voor secundaire diensten worden behandeld.

2. Herformulering van de grieven in het verzoekschrift

37. In het met redenen omkleed advies heeft de Commissie zowel in haar juridische bespreking als bij de formulering van de afzonderlijke grieven uitdrukkelijk rekening gehouden met het gemengde karakter van de betrokken ambulancediensten.

38. Zij stelde in het met redenen omkleed advies in het bijzonder dat bij de relevante ambulancediensten de vervoersdiensten in de zin van bijlage IA bij richtlijn 92/50 respectievelijk bijlage IIA bij richtlijn 2004/18 zwaarder wegen, zodat de Bondsrepubliek Duitsland bij het plaatsen van deze opdrachten inbreuk heeft gemaakt op artikel 10 juncto de titels III en IV van richtlijn 92/50 en sinds 1 februari 2006 op artikel 22 junctis de artikelen 23 tot en met 55 van richtlijn 2004/18. Voor het geval dat in sommige van de aangevoerde gevallen de medische diensten in de zin van bijlage IB bij richtlijn

9 — Artikel 9 van richtlijn 92/50 en artikel 21 van richtlijn 2004/18.

10 — Arrest van 24 september 1998, Tögel (C-76/97, Jurispr. blz. I-5357, punt 40).

11 — Het vervoer van personen valt onder het begrip „vervoer te land" in de zin van bijlage IA, categorie 2, bij richtlijn 92/50 respectievelijk bijlage IIA, categorie 2, bij richtlijn 2004/18. De medische verzorging valt onder het begrip „gezondheidswezen" in de zin van bijlage IB, categorie 25, bij richtlijn 92/50 respectievelijk bijlage IIB, categorie 25, bij richtlijn 2004/18.

92/50 respectievelijk bijlage IIB bij richtlijn 2004/18 zwaarder mochten wegen, stelde de Commissie subsidiair schending van artikel 10 juncto artikel 16 van richtlijn 92/50 en sinds 1 februari 2006 van artikel 22 juncto artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18, en in ieder geval schending van de beginselen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten volgens de artikelen 43 EG en 49 EG en van het in deze beginselen besloten discriminatieverbod.

39. In haar verzoekschrift heeft de Commissie de vraag of bij de betrokken ambulancediensten het vervoer van personen dan wel de medische verzorging op de voorgrond staat, bewust in het midden gelaten, aangezien de gelaakte aanbestedingsprocedures haars inziens hoe dan ook in strijd waren met de regels inzake de mededeling van de gegunde opdrachten in de zin van artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 en met het — uit de vrijheid van vestiging en dienstverrichting voortvloeiende — discriminatieverbod.

40. Door deze herformulering in het verzoekschrift heeft de Commissie het voorwerp van de procedure op onrechtmatige wijze gewijzigd.

41. Terwijl de Commissie zich in het met redenen omkleed advies op het standpunt had gesteld dat bij het plaatsen van ambulancedienstopdrachten alleen in de gevallen waarin het aspect van de medische verzorging zwaarder woog, inbreuk was gemaakt op het discriminatieverbod en het transparantievereiste van het primaire recht gaat zij in haar beroep uit van het daarvan afwijkende standpunt, dat bij het plaatsen van de in casu relevante ambulancedienstopdrachten het discriminatieverbod en het transparantievereiste altijd dienden te worden geëerbiedigd. Dit betekent echter dat ook bij het plaatsen van ambulancedienstopdrachten waarbij het vervoersaspect op de voorgrond staat, het discriminatieverbod en het transparantievereiste rechtstreeks kunnen worden geschonden, hetgeen in het met redenen omkleed advies noch uitdrukkelijk, noch impliciet is gesteld.

42. Het voorwerp van de procedure is dus verruimd doordat thans ook ten aanzien van de opdrachten voor gemengde ambulancediensten waarbij het vervoersaspect op de voorgrond staat, schending wordt gesteld van het uit de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten voortvloeiende discriminatieverbod en transparantievereiste. In zoverre moet het onderhavige beroep niet-ontvankelijk worden verklaard.

43. Hiertegen kan niet worden aangevoerd dat het primairrechtelijke discriminatieverbod

en transparantievereiste door de in de aanbestedingsrichtlijnen vastgelegde aanbestedings- en mededelingsverplichtingen in feite in een secundairrechtelijke vorm worden gegoten en dat de Commissie derhalve met haar thans op het primaire recht gebaseerde verzoekschrift inhoudelijk niet verder is gegaan dan de in haar met redenen omkleed advies geformuleerde grieven. Doorslaggevend is namelijk dat de Commissie in haar beroep schending van het primaire recht ten aanzien van gemengde diensten stelt, terwijl zij in het met redenen omkleed advies nog had aangevoerd dat de betrokken diensten volledig onder de aanbestedingsrichtlijnen vielen, en dus alleen schending van die richtlijnen had gesteld. Dit betekent dat de Bondsrepubliek Duitsland in de precontentieuze procedure niet heeft kunnen ingaan op de vraag of de gunning van opdrachten voor ambulancediensten waarbij het vervoer van personen op de voorgrond staat en die derhalve volledig onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, wel rechtstreeks op basis van de primairrechtelijke maatstaf van het discriminatieverbod en het transparantievereiste kan worden beoordeeld. [12]

44. Indien de door mij gesignaleerde wijziging van het voorwerp van het beroep werd toegestaan, zou dit een onaanvaardbare schending van de rechten van verdediging van de Bondsrepubliek Duitsland tot gevolg hebben. Hierdoor zou zij namelijk verstoken blijven van de mogelijkheid om reeds tijdens de precontentieuze procedure in te gaan op de principiële vraag of en in hoeverre de Commissie haar grieven betreffende de gunning van primaire gemengde diensten rechtstreeks op een primairrechtelijke grondslag mocht plaatsen.

45. Op deze plaats attendeer ik bovendien erop dat de Commissie in haar verzoekschrift enkele malen schending van artikel 2 van richtlijn 2004/18 lijkt te stellen en een desbetreffende veroordeling van de Bondsrepubliek Duitsland lijkt te vorderen. [13] Voor zover de grieven aldus moeten worden geïnterpreteerd, dient ook deze vordering als niet-ontvankelijk te worden verworpen, aangezien een inbreuk op artikel 2 van richtlijn 2004/18 in het met redenen omkleed advies niet uitdrukkelijk is gesteld.

12 — In dit verband rijst in het bijzonder de vraag of een beoordeling van de gunning van de betrokken opdrachten op basis van het primairrechtelijke discriminatieverbod en transparantievereiste verenigbaar is met het beginsel van de voorrang van het afgeleide recht en met de strekking van niet-nakomingsprocedures overeenkomstig artikel 226 EG. Zie hierover de punten 94 e.v. van deze conclusie.

13 — Onder het kopje „Schending van artikel 16 van richtlijn 92/50/EEG en van artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG" voert de Commissie in punt 39 van haar verzoekschrift van 15 april 2008 aan dat de artikelen 14 en 16 van richtlijn 92/50 en de artikelen 23 en 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 in casu in elk geval van toepassing zijn. In punt 40 stelt zij vervolgens schending van artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk van artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18. In punt 41 betoogt de Commissie dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 en artikel 2 van richtlijn 2004/18 in casu eveneens van toepassing zijn, zonder evenwel uitdrukkelijk te stellen dat inbreuk op deze bepalingen is gemaakt of nader op deze artikelen in te gaan. In de samenvatting van haar grieven in punt 72 stelt de Commissie echter schending van artikel 10 juncto artikel 16 van richtlijn 92/50 en van de artikelen 2 en 22 juncto artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18.

3. Tussenconclusie

46. Tegen de achtergrond van deze overwegingen kom ik tot de conclusie dat het onderhavige beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard voor zover ook met betrekking tot de gunning van opdrachten voor ambulancediensten waarbij het vervoersaspect op de voorgrond staat, schending wordt gesteld van het uit de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten voortvloeiende discriminatieverbod en transparantievereiste.

47. Mocht het Hof van mening zijn dat de Commissie in haar beroep ook verzoekt om vaststelling van een schending van artikel 2 van richtlijn 2004/18, dient ook deze vordering niet-ontvankelijk te worden verklaard.

B – *Gegrondheid*

48. De Bondsrepubliek Duitsland voert tegen het door de Commissie ingestelde beroep drie argumentatielijnen aan. De Duitse regering doet om te beginnen een beroep op de afwijking overeenkomstig artikel 45 EG en subsidiair op de rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2, EG. Ten tweede betwist zij een aantal door de Commissie gestelde feiten. Ten derde verweert de Duitse regering zich tegen het verwijt dat in de Bondsrepubliek Duitsland een tegen het aanbestedingsrecht indruisende praktijk bestaat.

49. Tegen deze achtergrond zal ik de problematiek van de gunning van opdrachten voor ambulancediensten eerst behandelen in het licht van artikel 45, lid 1, EG juncto artikel 55 EG en daarna in dat van artikel 86, lid 2, EG. Vervolgens zal ik de negen door de Commissie gelaakte aanbestedingsprocedures nader bespreken. Tot besluit zal ik ingaan op de vraag of op basis van deze beoordeling inderdaad moet worden geconcludeerd dat er sprake is van een tegen het aanbestedingsrecht indruisende praktijk.

1. Niet-toepasselijkheid van de afwijking van artikel 45, lid 1, EG

50. Overeenkomstig artikel 45, lid 1, EG juncto artikel 55 EG zijn de primairrechtelijke bepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een lidstaat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde

gelegenheid geschieden. Wanneer een werkzaamheid in een lidstaat verband houdt met de uitoefening van openbaar gezag, valt deze dus niet onder de regels inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

51. Dit geldt ook voor de bepalingen van afgeleid recht die worden vastgesteld ter verwezenlijking van de hoofdstukken inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten. Voor zover dergelijke handelingen van afgeleid recht ook een werkzaamheid regelen die verband houdt met de uitoefening van openbaar gezag, leidt een verdragsconforme uitlegging van de regeling van afgeleid recht ertoe dat de werkzaamheden in kwestie in de betrokken lidstaten van de toepassing van deze regeling zijn uitgezonderd. [14]

52. Mocht het vervoer van spoedgevallen en het gekwalificeerd ziekenvervoer, het voorwerp van de in casu relevante opdrachten, verband houden met de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45, lid 1, EG, moet de door de Commissie verweten schending van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten als ongegrond worden afgewezen. Aangezien voorts zowel richtlijn 92/50 als richtlijn 2004/18 gebaseerd is op de artikelen 47, lid 2, EG en 55 EG, dus op de primairrechtelijke bevoegdheidsbepalingen van de hoofdstukken inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, zou in dit geval ook de grief van schending van die aanbestedingsrichtlijnen als ongegrond moeten worden afgewezen.

53. Ik betwijfel echter dat het vervoer van spoedgevallen en het gekwalificeerd ziekenvervoer kunnen worden gekwalificeerd als werkzaamheden in de zin van artikel 45, lid 1, EG, die zij het ook incidenteel de uitoefening van openbaar gezag meebrengen.

54. Ten eerste wil ik eraan herinneren dat de uitlegging van het begrip „uitoefening van het openbaar gezag" in de zin van artikel 45, lid 1, EG binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt. De begrippen van de communautaire rechtsorde worden namelijk principieel niet aan de hand van een of meer nationale rechtsstelsels gedefinieerd, tenzij zulks uitdrukkelijk is bepaald. [15]

14 — Zie conclusie van advocaat-generaal Lenz van 19 september 1991 in de zaak Commissie/Griekenland (C-306/89, Jurispr. blz. I-5863, punt 28). Zie ook Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Artikel 45 EG, punt 14 (supplement 39, juli 2009).

15 — Zie arresten van 18 december 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, Jurispr. blz. I-12273, punt 21); 22 mei 2003, Commissie/Duitsland (C-103/01, Jurispr. blz. I-5369, punt 33), en 2 april 1998, EMU Tabac e.a. (C-296/95, Jurispr. blz. I-1605, punt 30).

55. De vraag of een werkzaamheid verband houdt met de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45, lid 1, EG moet dus worden beantwoord op basis van de gemeenschapsrechtelijke definitie van openbaar gezag in de zin van deze bepaling.

56. Van de — deelname aan de — uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG kan worden uitgegaan wanneer jegens de burger bijzondere rechten, overheidsrechten of dwangbevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. [16]

57. In het licht van het cruciale belang van de fundamentele vrijheden voor de interne markt dient artikel 45, lid 1, EG — eventueel in verbinding met artikel 55 EG — als uitzondering op het beginsel van vestigingsvrijheid respectievelijk de vrije dienstverrichting eng te worden uitgelegd. [17] Dit betekent dat niet iedere werkzaamheid in het kader waarvan ten opzichte van de burger gebruik kan worden gemaakt van bijzondere rechten, overheidsrechten of dwangbevoegdheden, impliceert dat de uitzondering van artikel 45, lid 1, EG van toepassing is. Vereist is veeleer dat de deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag voldoende intensief en rechtstreeks is.

58. Van de „uitoefening van het openbaar gezag" in de zin van artikel 45, lid 1, EG kan met andere woorden slechts dan worden gesproken wanneer de bijzondere rechten, overheidsrechten en dwangbevoegdheden op voldoende gekwalificeerde wijze worden uitgeoefend. Deze kwalitatieve beoordeling van de deelname aan overheidstaken heeft het Hof samengevat in het vereiste dat de toepassing van artikel 45, lid 1, EG (eventueel in verbinding met artikel 55 EG) een „rechtstreekse" en „specifieke" deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag veronderstelt. [18]

59. Zo heeft het Hof in zijn arrest van 29 oktober 1998, Commissie/Spanje [19], in het kader van de beoordeling van de vraag of de activiteiten van particuliere beveiligingsondernemingen in Spanje verband hielden met de uitoefening van openbaar gezag, benadrukt dat zelfs wanneer dergelijke particuliere beveiligingsondernemingen de veiligheids- en politiediensten van de staat in bepaalde situaties bijstaan, zij toch uitsluitend hulpfuncties vervullen. Dit betekent dat de

16 — Conclusie van advocaat-generaal Mayras van 28 mei 1974 in de zaak Reyners (2/74, Jurispr. blz. 631).

17 — Deze restrictieve benadering wordt bevestigd door een thans vaste rechtspraak van het Hof, dat erop wijst dat bij de beoordeling van de in artikel 45 EG neergelegde afwijkingen van de vrijheid van vestiging rekening moet worden gehouden met het communautaire karakter van de door dit artikel aan de uitzonderingen op die vrijheid gestelde grenzen. Zie bijvoorbeeld arrest van 22 oktober 2009, Commissie/Portugal (C-438/08, Jurispr. blz. I-10219, punt 35).

18 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Portugal (aangehaald in voetnoot 17, punt 36), evenals arresten van 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punt 46), en 13 juli 1993, Thijssen (C-42/92, Jurispr. blz. I-4047, punt 22).

19 — C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punten 38 e.v.

particuliere beveiligingsondernemingen niet „rechtstreeks en specifiek" aan de uitoefening van het openbaar gezag deelnemen. Deze oplossing had advocaat-generaal Alber in zijn conclusie in die zaak voorgesteld onder verwijzing naar het feit dat het verschil tussen hoofd- en hulpfunctie niet als een kwantitatief, maar als een kwalitatief criterium moet worden begrepen en dat er een gradueel verschil tussen de bevoegdheden van de veiligheids- en politiediensten van de staat en die van particuliere beveiligingsdiensten bestaat. [20]

60. Op een dergelijk streng standpunt stelde het Hof zich recent ook weer in zijn arrest van 22 oktober 2009, Commissie/Portugal [21], waarin het oordeelde dat de in die zaak relevante activiteiten van particuliere organisaties die zich met de technische controle van voertuigen bezighouden, niet onder de in artikel 45 EG neergelegde afwijking vallen, alhoewel deze organisaties de door hen uitgevoerde technische controles certificeerden en in dit opzicht ook bevoegdheden van openbaar gezag uitoefenden. Deze uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag voldeed echter niet aan het kwalitatieve criterium van de „rechtstreekse en specifieke" deelname aan de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG. Het Hof wees in dit verband erop dat met de certificering alleen de juridisch vastgelegde consequenties uit de uitgevoerde technische inspectie werden getrokken zonder dat de inspectiediensten een eigen beslissingsautonomie genoten. Bovendien werden de besluiten om een technische inspectie al dan niet te certificeren, binnen het kader van een rechtstreeks staatstoezicht genomen. [22]

61. Eerder had het Hof beslist, in verband met de beoordeling van de toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 45 EG op commissarissen bij verzekeringsondernemingen en particuliere voorzorgsinstellingen, dat het uitvoeren van zuiver ondersteunende en voorbereidende werkzaamheden voor een instantie die door het nemen van de eindbeslissing openbaar gezag uitoefent, niet kon worden beschouwd als een rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van deze uitzonderingsbepaling. [23]

62. Samenvattend stel ik vast dat thans volgens vaste rechtspraak aan de „uitoefening van het openbaar gezag" in de zin van artikel 45, lid 1, EG hoge kwalitatieve eisen

20 — Conclusie van advocaat-generaal Alber van 7 mei 1998 in de zaak Commissie/Spanje (C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punten 27 e.v.). Dat de activiteiten van bewakings- of beveiligingsondernemingen normaliter geen rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van openbaar gezag vormt, is bekrachtigd in de arresten van 13 december 2007, Commissie/Italië (C-465/05, Jurispr. blz. I-11091, punten 31 e.v.); 31 mei 2001, Commissie/Italië (C-283/99, Jurispr. blz. I-4363, punten 20 e.v.), en 9 maart 2000, Commissie/België (C-355/98, Jurispr. blz. I-1221, punten 25 e.v.).

21 — Aangehaald in voetnoot 17.

22 — Tot een soortgelijke conclusie kwam het Hof reeds in zijn arresten van 29 november 2007, Commissie/Duitsland (C-404/05, Jurispr. blz. I-10239, punten 39 e.v.), en Commissie/Oostenrijk (C-393/05, Jurispr. blz. I-10195, punten 37 e.v.) in het kader van de beoordeling van de activiteiten van particuliere controle-instanties voor producten van de ecologische landbouw.

23 — Arrest Thijssen (aangehaald in voetnoot 18, punten 17 e.v.). Zie ook arrest Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (aangehaald in voetnoot 18, punten 44 e.v.) betreffende bepaalde werkzaamheden inzake advies en bijstand in fiscale kwesties door de Centri di Assistenza Fiscale in Italië.

moeten worden gesteld. In vrijwel alle gevallen waarin artikel 45 EG tot dusver is ingeroepen, kon niet aan deze eisen worden voldaan. [24]

63. Ook in casu lijkt het erop dat degenen die het vervoer van spoedgevallen en gekwalificeerd ziekenvervoer verzorgen, weliswaar in beperkte mate deelnemen aan de uitoefening van openbaar gezag, maar dat deze deelname niet aan de voor de toepassing van artikel 45 EG vereiste kwalitatieve kenmerken voldoet .

64. In de ogen van de Bondsrepubliek Duitsland is in casu om te beginnen sprake van deelname aan de uitoefening van openbaar gezag omdat de betrokken overeenkomsten volgens Duits recht van publiekrechtelijke aard zijn. Ten tweede verwijst de Bondsrepubliek Duitsland naar de bijzondere rechten van de ambulancediensten uit hoofde van het wegenrecht en het wegenverkeersrecht, die met name inhouden dat zij gebruik mogen maken van zwaailichten en sirenes om andere weggebruikers instructies te geven die door deze moeten worden opgevolgd en waarvan niet-naleving kan worden beboet. De Bondsrepubliek Duitsland argumenteert ten derde dat de ambulancediensten vaak bij de organisatie van de ambulancezorg en bij de uitoefening van overheidstaken op het gebied van brandbescherming en rampenbestrijding zijn betrokken. Tevens ondersteunen zij de politie bij haar beveiligingstaken door zorgvoorzieningen beschikbaar te stellen. Ten vierde benadrukt de Bondsrepubliek Duitsland dat het personeel van de ambulancediensten volgens deelstaatrecht vaak de positie van uitvoerend bestuursambtenaar heeft.

65. Deze argumenten overtuigen mij niet.

66. Met haar eerste argument gaat de Bondsrepubliek Duitsland voorbij aan het beginsel dat de begrippen van de communautaire rechtsorde principieel niet aan de hand van een of meer nationale rechtsstelsels gedefinieerd worden. [25] Het feit dat de betrokken ambulancediensten volgens Duits recht een publiekrechtelijke grondslag hebben, is voor de beoordeling van de vraag of zij al dan niet binnen de werkingssfeer van artikel 45 EG vallen, niet relevant.

67. Alhoewel de Bondsrepubliek Duitsland vervolgens terecht stelt dat het gebruik van zwaailicht en sirene door de

24 — Zie naast de vermelde arresten bijvoorbeeld arrest van 18 december 2007, Jundt (C-281/06, Jurispr. blz. I-12231, punten 35 e.v.), betreffende een universitaire-onderwijsopdracht.

25 — Zie punten 53 e.v. van deze conclusie.

ambulancediensten als uitoefening van een bijzondere bevoegdheid moet worden beschouwd, lijkt de concrete vormgeving van deze bijzondere bevoegdheid niet de intensiteit te bereiken die volgens vaste rechtspraak voor de toepasselijkheid van artikel 45 EG vereist is. De aangevoerde bijzondere bevoegdheden bestaan namelijk enerzijds erin, ambulancevoertuigen specifiek uit te rusten en van een zwaailicht en sirene te voorzien, en anderzijds met deze voertuigen onder bepaalde voorwaarden ten opzichte van andere weggebruikers aanspraak te maken op voorrang, waarbij aan de andere weggebruikers een geldboete kan worden opgelegd wanneer zij deze bijzondere bevoegdheden niet eerbiedigen. Deze vrij zwak toegeruste bijzondere bevoegdheden voldoen mijns inziens niet aan de reeds toegelichte hoge kwalitatieve eisen die aan de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG moeten worden gesteld.

68. In dit verband snijden ook de argumenten van de Duitse regering geen hout, dat de ambulancediensten zijn betrokken bij de organisatie van de ambulancezorg, de brandbescherming en de rampenbestrijding, en dat zij zorgvoorzieningen ter beschikking stellen om de veiligheids- en politiediensten en de brandweer te ondersteunen. Enerzijds is de beschikbaarstelling van zorgvoorzieningen ter ondersteuning van de veiligheids- en politiediensten namelijk over het algemeen als zuiver ondersteunende en voorbereidende werkzaamheid te beschouwen, die volgens de reeds genoemde rechtspraak geen rechtstreekse deelname aan de uitoefening van openbaar gezag kan inhouden. Zelfs wanneer in de door de Bondsrepubliek Duitsland gegeven voorbeelden van de participatie van de ambulancediensten aan de organisatie van de eerstehulpdienst, de brandbescherming en de rampenbestrijding [26] meer zou inhouden dan zuiver ondersteunende en voorbereidende werkzaamheden, voldoen ook deze werkzaamheden niet aan de reeds besproken hoge kwalitatieve eisen betreffende de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG.

69. Het argument dat in het recht van tal van deelstaten is voorzien in de mogelijkheid om ambulancepersoneel als uitvoerend bestuursambtenaar aan te stellen, gaat reeds niet op omdat de door de artikelen 45 EG en 55 EG toegestane afwijking volgens vaste rechtspraak niet kan worden uitgebreid tot een beroep in zijn geheel, wanneer de activiteiten die eventueel met de uitoefening van openbaar gezag verbonden zijn, een deel vormen dat van het geheel van de betrokken beroepsactiviteiten kan worden gescheiden. [27]

70. Tegen deze achtergrond kom ik tot de conclusie dat de relevante werkzaamheid van

26 — Als voorbeelden van de publieke taken die door de ambulancediensten worden verricht, noemt de Bondsrepubliek Duitsland maatregelen inzake evacuatie, beveiliging en afzetting bij noodgevallen, en meer in het algemeen de participatie van de verrichters van ambulancediensten aan de planning, de organisatie en het beheer van de ambulancezorg, in het kader waarvan zij bijvoorbeeld het recht hebben om derden informatie- en meldingsplichten op te leggen of besluiten over de inzet van andere gespecialiseerde diensten te nemen.

27 — Arresten Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 22, punt 47) en Commissie/Oostenrijk (aangehaald in voetnoot 22, punt 45).

het verrichten van ambulancediensten op zich geen rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag inhoudt. Dit betekent dat de afwijking van artikel 45 EG in de onderhavige procedure niet van toepassing is.

2. Geen rechtvaardiging op grond van artikel 86, lid 2, EG

71. Onder verwijzing naar het arrest Ambulanz Glöckner [28] voert de Bondsrepubliek Duitsland subsidiair aan dat ambulancediensten als diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG moeten worden aangemerkt. De in deze bepaling neergelegde rechtvaardigingsgrond is haars inziens zonder meer toepasbaar op het gebied van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

72. Deze argumentatie weet mij niet te overtuigen.

73. De Bondsrepubliek Duitsland heeft gelijk voor zover zij stelt dat het Hof in de arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland [29], en 18 juni 1998, Corsica Ferries France [30], de rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2, EG ook van toepassing heeft verklaard op overheidsmaatregelen die strijdig waren met de regels van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen respectievelijk de vrije dienstverrichting, en zodoende heeft bevestigd dat artikel 86, lid 2, EG kan worden ingeroepen om schendingen van artikel 86, lid 1, EG in verband met de fundamentele vrijheden te rechtvaardigen. [31]

74. In het licht van recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof moet echter om te beginnen worden betwijfeld of de arresten Commissie/Nederland en Corsica Ferries France in dit opzicht nog zonder meer geldig zijn. Volgens de jongste rechtspraak betekent het feit dat een activiteit op grond van de concrete vormgeving ervan buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake de mededinging valt, niet automatisch dat deze ook buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten valt. [32]

75. Tegen deze achtergrond rijst de vraag of de in de arresten Commissie/Nederland en Corsica Ferries France vervatte benadering inzake de toepasselijkheid van artikel 86,

28 — Arrest van 25 oktober 2001 (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089).

29 — C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punten 27 e.v.

30 — C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 59.

31 — Zo ook Mestmäcker/Schweitzer, in Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4e uitgave, München 2007, artikel 86, lid 2, EG, punt 42; Pernice/Wernicke, in Grabitz/Hilf, (aangehaald in voetnoot 14), artikel 86 EG, punt 53.

32 — Arresten van 11 december 2007, International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union („Viking Line", C-438/05, Jurispr. blz. I-10779, punt 53). Zie ook arrest van 18 juli 2006, Meca-Medina en Macjen/Commissie (C-519/04 P, Jurispr. blz. I-6991, punten 31-34).

lid 2, EG op het gebied van de fundamentele vrijheden niet opnieuw onder de loep zou moeten worden genomen, temeer daar het Hof die toepasselijkheid in zijn eerdere rechtspraak nog leek uit te sluiten. [33]

76. In de onderhavige procedure behoeft echter niet nader op dit vraagstuk te worden ingegaan. De Bondsrepubliek Duitsland kan namelijk om te beginnen al niet bewijzen dat op zich aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 86, lid 2, EG is voldaan.

77. De lidstaat die een beroep doet op artikel 86, lid 2, EG, moet aantonen dat de in deze bepaling gestelde voorwaarden zijn vervuld. [34]

78. In casu betekent dit dat de Bondsrepubliek Duitsland moet aantonen dat de betrokken ambulancediensten moeten worden aangemerkt als diensten van algemeen economisch belang, dat een wijziging van de gelaakte aanbestedingspraktijk in de zin van het gemeenschapsrecht de vervulling van deze taken juridisch of feitelijk zou verhinderen of in gevaar zou brengen en dat de ontwikkeling van het handelsverkeer door deze praktijk niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

79. Terwijl buiten kijf lijkt te staan dat het spoedeisend vervoer van zieken en gewonden moet worden aangemerkt als dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG [35], weet de Bondsrepubliek Duitsland in de onderhavige procedure echter niet hard te maken dat de gelaakte aanbestedingspraktijk absoluut noodzakelijk is en dat het vervullen van de taak, namelijk het verrichten van de betrokken ambulancediensten, niet met andere, beter met het gemeenschapsrecht strokende middelen kan worden bereikt.

80. In dit opzicht stelt de Bondsrepubliek Duitsland uitsluitend dat wanneer telkens nieuwe dienstverleners in de ambulancezorg van een regio moeten worden geïntegreerd, de kruissubsidiëring tussen dichtbevolkte gebieden waar het verrichten van ambulancediensten eerder rendabel is, ten gunste van veel minder rendabele, dunbevolkte gebieden zou kunnen worden bemoeilijkt of verhinderd. Bovendien biedt de huidige

33 — Arrest van 10 juli 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Jurispr. blz. 2727, punt 19).

34 — Zie bijvoorbeeld arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, punt 101).

35 — Zie bijvoorbeeld arrest Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 28, punt 55).

aanbestedingspraktijk bescherming aan de in de Duitsland actieve, op verenigingsbasis georganiseerde hulporganisaties. Deze bescherming is noodzakelijk omdat voor deze organisaties bij rampen een hulpverleningsplicht bestaat en alleen zij derhalve waarborgen dat bij rampen een groot aantal in de omgeving gevestigde vrijwilligers ter beschikking staat; deze helpers moeten de mogelijkheid hebben om in het kader van de ambulancedienst regelmatig praktijkervaring op te doen.

81. In haar repliek heeft de Commissie betoogd dat de stelling dat de reddingsdienstorganisaties behoefte hebben aan kruissubsidiëring om de verzorging van minder profitabele gebieden rendabel te maken, niet tegen een aanbesteding van de ambulancediensten in overeenstemming met het gemeenschapsrecht pleit. De uiteenlopende rentabiliteit van bepaalde gebieden kan door een hogere vergoeding voor minder rendabele gebieden worden gecompenseerd. Een andere mogelijkheid zou erin bestaan opdrachten voor spoedeisend vervoer en ziekenvervoer aan te besteden voor duidelijk afgebakende geografische regio's die zowel rendabele als minder rendabele gebieden omvatten.

82. De Bondsrepubliek Duitsland heeft in haar dupliek niet gesteld dat deze door de Commissie aangevoerde aanbestedingsrechtelijke alternatieven juridisch en feitelijk het vervullen van de taak om spoedeisend vervoer van zieken en gewonden te verrichten, zouden bemoeilijken of zelfs verhinderen. Tegen deze achtergrond moet het argument dat de gelaakte aanbestedingspraktijk op grond van de hieruit voortvloeiende kruissubsidiëring noodzakelijk is, als onvoldoende gesubstantieerd worden beschouwd.

83. Dit geldt ook voor het argument betreffende het grote aantal in de omgeving gevestigde vrijwilligers. Te dien aanzien heeft de Commissie als aanbestedingsrechtelijk alternatief gewezen op de mogelijkheid om bij de aanbesteding de beschikbaarheid ter plaatse als selectiecriterium op te nemen. Ook deze mogelijkheid heeft de Bondsrepubliek Duitsland in dupliek niet op gesubstantieerde wijze van de hand gewezen.

84. In het licht van deze overwegingen kom ik tot de conclusie dat de Bondsrepubliek Duitsland niet heeft weten aan te tonen dat de in casu gelaakte aanbestedingspraktijk

voor ambulancediensten voldoet aan de voorwaarden van artikel 86, lid 2, EG. Alleen al om deze reden moet het beroep op deze bepaling ongegrond worden verklaard.

3. Beoordeling van de negen gelaakte aanbestedingen

85. De Commissie bekritiseert negen procedures in vier deelstaten waarbij opdrachten voor ambulancediensten zijn aanbesteed. Hiervan uitgaande vordert zij vast te stellen dat de aanbestedingspraktijk in de Bondsrepubliek Duitsland onrechtmatig is. Aangezien van een onrechtmatige praktijk slechts sprake kan zijn voor zover in het kader van de afzonderlijke procedures daadwerkelijk het gemeenschapsrecht is geschonden, zal ik om te beginnen onderzoeken of en in hoeverre bij de plaatsing van de afzonderlijke opdrachten in strijd met de door de Commissie aangevoerde bepalingen en beginselen is gehandeld.

a) Plaatsing van een opdracht door de stad Magdeburg (Saksen-Anhalt)

86. Volgens de Commissie heeft de stad Magdeburg als aanbestedende dienst vanaf oktober 2005 een zogenoemde „vergunningprocedure" betreffende het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van ambulancediensten onder bezwarende titel uitgevoerd. Voorwerp van de opdracht was het beschikbaar stellen van voertuigen en personeel voor het spoedeisend vervoer van zieken en gewonden respectievelijk het gekwalificeerd ziekenvervoer voor de periode 2007 tot en met 2011, ter waarde van meer dan 7 miljoen euro per jaar. De Commissie stelt dat geen oproep tot inschrijving op Europees niveau heeft plaatsgevonden.

87. Deze weergave van de feiten wordt door de Bondsrepubliek Duitsland niet betwist.

88. De Commissie is van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland met deze wijze van aanbesteding in strijd met artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 heeft gehandeld. Tevens heeft zij inbreuk gemaakt op het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die voortvloeien uit de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

i) Schending van artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18

89. Ik geef de Commissie gelijk, dat de gelaakte aanbesteding door de stad Magdeburg in elk geval inbreuk maakt op artikel 16 van

richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18.

90. Zoals de Commissie onweersproken heeft gesteld, heeft de stad Magdeburg als aanbestedende dienst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen met een dienstverlener een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel gesloten voor het verrichten van ambulancediensten, waarvan de geraamde waarde hoger ligt dan de drempels van richtlijn 92/50 respectievelijk richtlijn 2004/18. Alhoewel niet precies is vastgesteld op welk tijdstip welke vanuit het oogpunt van het aanbestedingsrecht relevante stappen zijn ondernomen — volgens de Commissie kwam de procedure in oktober 2005 op gang — en dus niet vaststaat of de gelaakte aanbesteding geheel of gedeeltelijk op basis van richtlijn 92/50 dan wel geheel of gedeeltelijk op basis van richtlijn 2004/18 moet worden beoordeeld [36], heeft het ontbreken van preciezere informatie over de chronologische volgorde van de plaatsingsprocedure in casu niet tot gevolg dat de schending van het aanbestedingsrecht moet worden ontkend. Zowel overeenkomstig richtlijn 92/50 als overeenkomstig richtlijn 2004/18 had de stad Magdeburg mededeling moeten doen van de gegunde opdracht (artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18), en wel onafhankelijk van de vraag of bij de ambulancediensten het vervoersaspect of veeleer het aspect van de medische verzorging qua waarde op de voorgrond stond.

ii) Geen inbreuk op het primairrechtelijke discriminatieverbod en transparantievereiste

— Beoordeling van de gegrondheid voor het geval dat de grief inzake schending van het primaire recht ten dele niet-ontvankelijk is

91. Zoals ik reeds in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid heb uiteengezet, dient het onderhavige beroep niet-ontvankelijk te worden verklaard voor zover het strekt tot vaststelling dat bij de aanbesteding van opdrachten voor het verrichten van ambulancediensten waarbij het vervoer van personen op de voorgrond staat, inbreuk is gemaakt op het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten. [37]

92. De grief van schending van deze primairrechtelijke beginselen is derhalve slechts ontvankelijk voor zover deze betrekking heeft op

36 — Doorslaggevend is de juridische situatie op het tijdstip waarop de respectieve handeling is uitgevoerd of achterwege had moeten blijven. Zie Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, punt 416. Zie ook arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punten 38 e.v.).

37 — Zie punten 29 e.v. van deze conclusie.

ambulancediensten waarbij de medische verzorging op de voorgrond staat.

93. Deze — aldus ingeperkte — grief kan slechts gegrond zijn indien de Commissie om te beginnen aantoont dat de door haar bekritiseerde procedures betrekking hadden op ambulancediensten waarbij de medische verzorging op de voorgrond staat. Dit laatste heeft de Commissie in de onderhavige procedure echter niet gesteld, laat staan aangetoond. Zij is veeleer van opvatting dat de vraag of bij de betrokken diensten het vervoer van personen dan wel de medische verzorging op de voorgrond staat, niet ter zake doet.

94. Aangezien het in het kader van een niet-nakomingsprocedure overeenkomstig artikel 226 EG de taak van de Commissie is de gestelde niet-nakoming aan te tonen en het Hof de informatie te verschaffen die het nodig heeft om de zaak te kunnen beoordelen [38], en de Commissie in het licht van het voorgaande dit bewijs niet heeft geleverd, dient de grief van schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, voor zover ontvankelijk, ongegrond te worden verklaard.

— Subsidiair: Beoordeling van de gegrondheid voor het geval dat de grief inzake schending van het primaire recht in zijn geheel ontvankelijk wordt verklaard

95. Mocht het Hof de grief inzake schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, in tegenstelling tot de door mij bepleite zienswijze in zijn geheel ontvankelijk verklaren, dient ook de gegrondheid van deze grief in zijn geheel te worden beoordeeld.

96. In dat geval zou bij de beoordeling van de gegrondheid moeten worden uitgegaan van de vaststelling dat de Commissie de vraag of bij de relevante ambulancediensten het vervoer van personen dan wel de medische verzorging op de voorgrond staat, bewust in het midden heeft gelaten. Derhalve kan niet worden vastgesteld of deze ambulancediensten – als gemengde diensten in de zin van richtlijn 92/50 respectievelijk richtlijn 2004/18 – volledig binnen de werkingssfeer

38 — Zie arresten van 29 oktober 2009, Commissie/Finland (C-246/08, Jurispr. blz. I-10605, punt 52); 6 oktober 2009, Commissie/Zweden (C-438/07, Jurispr. blz. I-9517, punt 49), en 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punt 33).

van de aanbestedingsrichtlijnen vallen [39] en of zij dus met inachtneming van de in deze richtlijnen neergelegde procedures hadden moeten worden aanbesteed. De Commissie heeft getracht dit probleem te omzeilen door in haar beroep schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, in algemene zin te stellen.

97. Deze procestactische beslissing van de Commissie doet in de onderhavige procedure echter de fundamentele vraag rijzen of de Commissie, wanneer zij van opvatting is dat de handelingen van een lidstaat zowel tegen primair recht alsook ten volle tegen de richtlijnen 92/50 respectievelijk 2004/18 zouden kunnen indruisen, in het kader van een procedure overeenkomstig artikel 226 EG zelf kan bepalen of zij haar beroep op basis van het primaire recht dan wel op basis van de aanbestedingsrichtlijnen instelt. Op deze vraag zal ik thans aan de hand van het beginsel van de voorrang van het afgeleide recht en in het licht van de strekking van de procedure van artikel 226 EG ingaan.

98. Vervolgens zal ik aandacht besteden aan de strenge eisen van het primaire recht waaraan volgens de meest recente rechtspraak moet worden voldaan om een grensoverschrijdend belang van de aanbesteding van secundaire diensten aan te tonen, en zal ik ingaan op de vraag welke conclusies uit deze rechtspraak met betrekking tot de beoordeling van het onderhavige geval kunnen worden getrokken.

Beginsel van de voorrang van het afgeleide recht

99. Volgens vaste rechtspraak houdt het beginsel van de voorrang van het afgeleide recht in dat de uitputtende secundairrechtelijke harmonisatie van een bepaald gebied op communautair niveau tot gevolg heeft dat elke dit gebied betreffende nationale regeling op basis van de bepalingen van de handeling van afgeleid recht en niet aan de hand van de bepalingen van het EG-Verdrag moet worden beoordeeld. [40]

100. In de onderhavige procedure laakt de Commissie, op het niveau van het primaire recht, in wezen een schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

39 — Zie punten 33 e.v. van deze conclusie.

40 — Zie bijvoorbeeld arrest van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Jurispr. blz. I-14887, punt 64).

101. Volgens vaste rechtspraak impliceert het primairrechtelijke beginsel van gelijke behandeling bij het plaatsen van overheidsopdrachten dat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen moeten worden geboden, ongeacht hun nationaliteit. [41] Uit dit beginsel van gelijke behandeling evenals uit het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit vloeit een transparantieverplichting voort, die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gewaarborgd, zodat de aanbesteding voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. [42]

102. Dit in het primaire recht verankerde beginsel van gelijke behandeling en het waarborgen van een passende mate van openbaarheid is in de richtlijnen 92/50 en 2004/18 op basis van een uiterst gedetailleerde regeling van zeer gevarieerde verplichtingen inzake informatie, mededeling en aankondiging vrijwel volledig geharmoniseerd. Kenmerkend voor deze secundairrechtelijke transparantieplichten is de zeer gedetailleerde harmonisatie, die in bepaalde opzichten als volledige harmonisatie moet worden beschouwd. [43]

103. In het licht van de voorrang van het afgeleide recht rijst in de onderhavige procedure derhalve de vraag of de Commissie schending van het in het primaire recht verankerde discriminatieverbod en van het hieruit voortvloeiende transparantievereiste kan stellen, alhoewel de betrokken opdrachten, voor het geval dat het vervoerselement qua waarde op de voorgrond staat, geheel binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen zou vallen [44] en alhoewel het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die

41 — Arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 48).

42 — Arresten van 15 oktober 2009, Acoset (C-196/08, Jurispr. blz. I-9913, punt 49), en 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 21). Aangaande de verhouding tussen de beginselen van non-discriminatie en transparantie, zie arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 38, punten 30 e.v.), en arresten van 21 februari 2008, Commissie/Italië (C-412/04, Jurispr. blz. I-619, punt 66); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 17 e.v.), en 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 60 e.v.).

43 — In het algemeen moet ervan worden uitgegaan dat de richtlijnen 92/50 en 2004/18 niet ertoe strekken het plaatsen van de overheidsopdrachten die binnen hun respectievelijke werkingssfeer vallen, op zich volledig te harmoniseren. Dit volgt al uit de titels van deze richtlijnen, die spreken van „coördinatie" van de procedures voor het plaatsen van opdrachten. Het feit dat met deze richtlijnen naar een minimumharmonisatie werd gestreefd, sluit echter niet uit dat bepaalde gebieden desalniettemin volledig zijn geharmoniseerd. Gezien de uiterst gedetailleerde regelingen van deze richtlijnen ten aanzien van de informatie-, mededelings- en bekendmakingsplichten in de afzonderlijke gunningsprocedures, is het vooral op dit gebied uiterst moeilijk de grens te trekken tussen een – zeer gedetailleerde – minimumharmonisatie en een definitieve volledige harmonisatie. Zoals advocaat-generaal Mazák in zijn conclusie van 22 september 2009 in de zaak Commissie/Frankrijk (C-299/08, punten 12 e.v.) terecht heeft opgemerkt en het Hof in zijn arrest van 10 december 2009 (Commissie/Frankrijk, C-299/08, Jurispr. blz. I-11587, punten 28 e.v.) heeft bevestigd, moet in elk geval de opsomming van de afzonderlijke aanbestedingsprocedures in artikel 28 e.v. van richtlijn 2004/18 als uitputtend worden beschouwd. Hieruit volgt rechtstreeks dat althans bepaalde deze procedures betreffende bepalingen als uitdrukking van een volledige harmonisatie moeten worden opgevat.

44 — Had de Commissie daarentegen aangetoond dat de ambulancediensten als opdrachten inzake secundaire diensten moeten worden behandeld en dus slechts gedeeltelijk binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, zou het – bij bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang – volgens vaste rechtspraak mogelijk zijn de uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende beginselen toe te passen. Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 38, punten 29 e.v.).

besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, in deze aanbestedingsrichtlijnen gedetailleerd en op bepaalde terreinen zelfs uitputtend zijn geharmoniseerd.

104. Deze vraag heeft het Hof in zijn rechtspraak tot dusver niet definitief beantwoord.

105. Vaststaat dat de voorrang van het afgeleide recht inhoudt dat geen primairrechtelijke rechtvaardigingsgronden mogen worden ingeroepen ter beperking van de fundamentele vrijheden, voor zover die beperking betrekking heeft op een gebied waarin de rechtvaardigingsgronden onder een volledige harmonisatie vallen. [45] Omgekeerd kan een nationale bepaling waarmee een lidstaat aan zijn verplichtingen op grond van een handeling van afgeleid recht voldoet, niet als schending van een fundamentele vrijheid worden aangemerkt. [46] Er zou namelijk afbreuk worden gedaan aan de gelding van het afgeleide recht indien het mogelijk zou zijn een primairrechtelijke toelaatbaarheid uit te spelen tegen een verbod van afgeleid recht of een primairrechtelijk verbod tegen een gebod van afgeleid recht. [47]

106. Het Hof heeft in meerdere prejudiciele beslissingen weliswaar bevestigd dat nationale maatregelen niet meer aan de fundamentele vrijheden kunnen worden getoetst indien en voor zover de betrokken materie door afgeleid recht uitputtend is geregeld. [48] Niettemin is in wezen nog niet duidelijk of tegen een schending van de fundamentele vrijheden ook in het kader van een niet-nakomingsprocedure niet meer rechtstreeks kan worden opgekomen indien en voor zover de gelaakte handeling tegelijkertijd een inbreuk vormt of zou kunnen vormen op een regeling van afgeleid recht waarmee een onder deze fundamentele vrijheden vallend gebied volledig is geharmoniseerd. [49]

107. Mijns inziens kan de niet-naleving van het discriminatieverbod en het

45 — Arresten van 24 maart 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Jurispr. blz. I-3457, punt 25); 11 juli 1996, Bristol-Myers Squibb e.a. (C-427/93, C-429/93 en C-436/93, Jurispr. blz. I-3457, punt 25); 30 november 1983, Van Bennekom (227/82, Jurispr. blz. 3883, punt 35), en 5 oktober 1977, Tedeschi (5/77, Jurispr. blz. 1555, punten 33 e.v.).

46 — Zie bijvoorbeeld arrest Deutscher Apothekenverband (aangehaald in voetnoot 40, punten 52 e.v.).

47 — In deze zin: Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, loc. cit. (voetnoot 14), voor artikel 39-55 EGV, punt 149.

48 — Van fundamenteel belang is in dit opzicht het arrest van 12 oktober 1993, Vanacker en Lesage (C-37/92, Jurispr. blz. I-4947). Zie ook arresten van 17 april 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Jurispr. blz. I-2749, punten 50 e.v.); 13 januari 2005, Denkavit (C-145/02, Jurispr. blz. I-51, punten 22 e.v.); 14 december 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Jurispr. blz. I-11763, punten 52 e.v.), en 3 december 2001, Daimler Chrysler (C-324/99, Jurispr. blz. I-9897, punten 32 e.v.).

49 — Voor een beperking van de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden door handelingen van afgeleid recht waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht, pleit Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV*, Calliess, C./Ruffert, M. (ed.), 3e uitgave, 2007, artikel 28-30 EG, punt 18.

transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, in een niet-nakomingsprocedure niet meer rechtstreeks worden gelaakt wanneer met de bekritiseerde handeling tegelijkertijd inbreuk wordt gemaakt op een, op deze fundamentele vrijheden gebaseerde regeling van afgeleid recht waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht. Indien de Commissie daarentegen in een dergelijk geval zou mogen kiezen tussen het stellen van een inbreuk op een fundamentele vrijheid dan wel van een inbreuk op een regeling van afgeleid recht waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht, zou ernstig afbreuk worden gedaan aan het gezag van het afgeleide recht.

108. De bijzonderheid van handelingen van afgeleid recht waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht, bestaat erin dat de lidstaten noch verder mogen gaan dan, noch mogen achterblijven bij de relevante gemeenschapsrechtelijke bepalingen. Tegen deze achtergrond zijn de regelingen waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht in beginsel zeer concreet geformuleerd. Indien een onder een fundamentele vrijheid vallend terrein derhalve voorwerp wordt van een volledige harmonisatie door afgeleid recht, is het vrijwel uitgesloten dat het primaire recht en het afgeleide recht de lidstaten exact dezelfde plichten opleggen. Door de regeling van afgeleid recht worden de fundamenteelrechtelijke bepalingen namelijk in de vorm van concrete rechten en plichten gegoten. Aangezien de primairrechtelijke bepalingen daarentegen veel algemener zijn, kan hieraan in beginsel op uiteenlopende wijze gevolg worden gegeven. Deze uiteenlopende regelingsintensiteit heeft onvermijdelijk een inhoudelijke spanningsverhouding tussen het primaire recht en het afgeleide recht waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht tot gevolg, met name tussen een „primairrechtelijke toelaatbaarheid" en een „secundairrechtelijk verbod" of vice versa.

109. In de reeds vermelde rechtspraak betreffende de niet-toepasselijkheid van primairrechtelijke rechtvaardigingsgronden indien en voor zover deze aan een volledige harmonisatie zijn onderworpen, wordt deze spanningsverhouding tussen „primairrechtelijke toelaatbaarheid" en „secundairrechtelijk verbod" ten gunste van het secundairrechtelijke verbod opgeheven. Aan dit laatste wordt dus in zoverre voorrang verleend. Op basis van dezelfde afweging van de belangen moet ook de spanningsverhouding tussen de inhoudelijk abstractere en minder scherp afgebakende fundamentele vrijheid van het primaire recht en de hierop gebaseerde, inhoudelijk sterk geconcretiseerde en afgebakende regeling van afgeleid recht waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht, ten gunste van die regeling van afgeleid recht worden opgeheven.[50] Deze opvatting bekrachtigt het Hof thans in prejudiciële beslissingen als vaste rechtspraak.[51]

50 — Alhoewel in het arrest Danske Slagterier (aangehaald in voetnoot 45, punten 18 e.v.) is bevestigd dat de burgers de mogelijkheid hebben om ondanks het bestaan van twee harmonisatierichtlijnen het recht op vrij verkeer van goederen in te roepen, heeft het Hof zich in dit arrest niet tegen de voorrang van het afgeleide recht in de hier bedoelde zin uitgesproken. Zoals ik in mijn conclusie van 4 september 2008 in die zaak (punt 82) heb benadrukt, kan er niet van worden uitgegaan dat de gemeenschapswetgever met deze richtlijnen ook beoogde de rechten van de burgers van de Unie te regelen en hen de mogelijkheid te ontnemen, zich te beroepen op hun uit artikel 28 EG voortvloeiende recht op vrij verkeer van goederen.

51 — Zie de in voetnoot 48 aangevoerde arresten.

110. Dit betekent dat de Commissie, wanneer zij tot de conclusie komt dat de handelingen van een lidstaat zowel in strijd zouden kunnen zijn met primairrechtelijke bepalingen als met hierop gebaseerd afgeleid recht waarmee een volledige harmonisatie tot stand wordt gebracht, zich in het kader van een niet-nakomingsprocedure niet ertoe kan beperken in het algemeen schending van het primaire recht te stellen.

111. Dit geldt ook in een geval als het onderhavige, waarin een schending van het uit de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten voortvloeiende discriminatieverbod evenals het hiermee verband houdende transparantievereiste wordt gesteld, alhoewel de aanbestedingsrichtlijnen ten volle zouden kunnen worden toegepast en juist het transparantievereiste in deze richtlijn gedetailleerd – en op bepaalde punten uitputtend – is geregeld. Op grond van de uiterst gedetailleerde secundairrechtelijke concretisering van de transparantieplichten in de aanbestedingsrichtlijnen rijst ook op dit punt het probleem van een spanningsverhouding tussen een „primairrechtelijke toelaatbaarheid" en een „secundairrechtelijk verbod" en vice versa, die om de reeds genoemde redenen ten gunste van de regeling van afgeleid recht moet worden opgeheven. [52]

112. In het licht van deze overwegingen kan de Commissie zich in een geval als het onderhavige niet ertoe beperken, in algemene zin schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die voortvloeien uit de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, te stellen.

113. Deze vaststelling wordt bevestigd door een nadere analyse van de strekking van de niet-nakomingsprocedure overeenkomstig artikel 226 EG. Deze procedure heeft in wezen een objectief-juridische functie, namelijk die van een gelijkvormige tenuitvoerlegging en waarborging van het gemeenschapsrecht. [53] Dit betekent dat het doel van de niet-nakomingsprocedure overeenkomstig artikel 226 EG niet bestaat in sanctionering van een lidstaat. De vaststelling dat een bepaalde handeling of situatie in strijd is met het gemeenschapsrecht, is geen doel op zich, maar

52 — In dit verband herinner ik eraan dat bij een minimumharmonisatie de door de lidstaten te bereiken minimumnormen worden vastgesteld. Wanneer deze minimumnormen strikte regels inzake de procedures en termijnen vastleggen die met het oog op de eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie moeten worden nageleefd, kan een spanningsverhouding ten opzichte van de primairrechtelijke regels ontstaan die niet minder sterk is dan in het geval van een volledige harmonisatie.

53 — Gaitanides, C., in: von der Groeben, H., Schwarze, J. (ed.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6e uitgave, Baden-Baden 2003, artikel 226 EG, punt 2. Zie ook Rengeling, H.W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2e uitgave, München 2003, § 6, punt 2.

strekt in eerste instantie ertoe duidelijkheid te verkrijgen omtrent de vraag of en in hoeverre sprake is van schending van het gemeenschapsrecht. De rechterlijke vaststelling van een niet-nakoming door een lidstaat dient tegelijkertijd de mogelijkheid te bieden vast te stellen welke maatregelen vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht vereist zijn om (weer) een met het gemeenschapsrecht strokende situatie tot stand te brengen. [54]

114. Indien in een procedure alsw de onderhavige in algemene zin zou worden vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland met de gelaakte aanbestedingen in strijd met het in het primaire recht verankerde discriminatieverbod en het transparantievereiste heeft gehandeld, zonder dat wordt verduidelijkt of bij de relevante gemengde diensten de primaire dienstencomponenten op de voorgrond staan, hetgeen zou betekenen dat de aanbestedingsrichtlijnen volledig van toepassing zijn, zou achteraf niet meer met zekerheid kunnen worden vastgesteld welke maatregelen vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht vereist zijn om (weer) een met het gemeenschapsrecht strokende situatie tot stand te brengen. Mochten de ambulancediensten volledig binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, zou naleving van het inhoudelijk minder scherp afgebakende en geconcretiseerde primairrechtelijke transparantievereiste namelijk niet volstaan om aan de uiterst gedetailleerde bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen te voldoen. [55]

115. Op grond van deze overwegingen kom ik tot de conclusie dat de door de Commissie gelaakte aanbesteding door de stad Magdeburg, gelet op de voorrang van het afgeleide recht en de strekking van de niet-nakomingsprocedure overeenkomstig artikel 226 EG, niet kan worden beoordeeld naar de maatstaf van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en van dienstverlening.

Bewijs van een grensoverschrijdend belang van de aanbesteding van secundaire diensten

116. Zuiver binnenlandse situaties vallen principieel niet binnen de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden. Derhalve dient de

54 — Zie Gaitanides, C., loc. cit., voetnoot 53, punt 12, die stelt dat het bij een procedure in de zin van artikel 226 EG noch om de verantwoordelijkheid van de lidstaten in de zin van het algemene volkenrecht, noch om een veroordeling, maar om de objectieve vaststelling van een toestand gaat. De procedure heeft een zuiver ordenende functie en strekt alleen ertoe de lidstaten te dwingen bestaande schendingen van het Verdrag te beëindigen. Dat een lidstaat die in strijd met het gemeenschapsrecht handelt op de beklaagdenbank terechtkomt, kan hooguit een neveneffect maar nooit doel van de procedure zijn.

55 — Zo vereist het transparantiebeginsel volgens vaste rechtspraak weliswaar dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gewaarborgd, maar dit houdt niet automatisch een verplichting tot aanbesteding in; zie arrest van 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 25), en arrest Coname (aangehaald in voetnoot 42, punt 21). In dit verband wijst Egger, A., loc. cit. (aangehaald in voetnoot 36, punten 147 e.v.), erop dat de primairrechtelijke bepalingen de lidstaat meer armslag bieden dan de aanbestedingsrichtlijnen. Hij benadrukt in dit verband terecht dat niet alleen de controles minder intensief zijn, maar dat de primairrechtelijke bepalingen algemener en dus over het geheel genomen minder streng en gedetailleerd zijn. Zie Van den Berge, I.J., „De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies", *NTER* 2005, blz. 241, 243, die stelt dat het op basis van de artikelen 28 EG, 43 EG en 49 EG vrijwel niet mogelijk is algemeen geldige vaststellingen over de na te leven transparantieplichten te maken.

Commissie, wanneer zij stelt dat het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en van dienstverlening, zijn geschonden, aan te tonen dat de relevante aanbesteding een grensoverschrijdend belang heeft.

117. In zijn arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland [56], heeft het Hof met betrekking tot opdrachten voor het verlenen van diensten in de zin van bijlage IB bij richtlijn 92/50 benadrukt dat op dergelijke diensten weliswaar principieel de beginselen van het EG-Verdrag op het gebied van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten van toepassing zijn, maar dat de Commissie altijd moet aantonen dat de betrokken opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. In dit verband kan de loutere verklaring van de Commissie dat een klacht over de betrokken opdracht bij haar is ingediend, niet volstaan om aan te tonen dat deze opdracht duidelijk van grensoverschrijdend belang was en om dientengevolge het bestaan van een inbreuk vast te stellen. [57]

118. Dit strenge onderzoek naar de vraag of een opdracht voor secundaire diensten een grensoverschrijdend belang vertoont, kan — althans ten dele — worden verklaard door het feit dat opdrachten betreffende diensten van bijlage IB bij richtlijn 92/50 respectievelijk bijlage IIB bij richtlijn 2004/18 volgens de gemeenschapswetgever a priori geen grensoverschrijdend belang hebben. Derhalve bevatten richtlijn 92/50 en richtlijn 2004/18 met betrekking tot deze categorie diensten alleen maar een verplichting tot mededeling achteraf. [58]

119. Aangezien het in het kader van een niet-nakomingsprocedure aan de Commissie staat, het Hof alle gegevens te verschaffen die het nodig heeft om een zaak te kunnen beoordelen, kan zij de strengere primairrechtelijke eisen aan het bewijs van een grensoverschrijdend belang, die gelden voor het plaatsen van gemengde diensten waarin secundaire dienstencomponenten op de voorgrond staan, niet omzeilen door de vraag omtrent de aanbestedingsrechtelijke indeling van de betrokken gemengde diensten bewust in het midden te laten. Dit betekent dat de Commissie ook in een geval als het onderhavige overeenkomstig de strenge eisen die het Hof in zijn arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland, ten aanzien van secundaire diensten heeft vastgelegd, had moeten aantonen dat de betrokken opdrachten een grensoverschrijdend belang vertoonden.

120. Ten bewijze van het bestaan van een grensoverschrijdend belang van de door de stad Magdeburg geplaatste opdracht, verwijst de Commissie alleen maar naar een algemene

56 — Arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 38, punten 29 e.v.).

57 — Ibid., punt 34.

58 — Ibid., punt 25. Zie ook Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- en Vergaberecht*, Berlijn e.a. 2007, punt 2116.

klacht betreffende het plaatsen van ambulancediensten in Duitsland evenals naar het economische gewicht van de betrokken diensten. Zij stelt dat gezien de grote omvang van de opdracht automatisch van een grote interesse van buitenlandse inschrijvers moet worden uitgegaan. Deze algemene opmerkingen van de Commissie, die op geen enkele manier betrekking hebben op de plaatsing van de opdracht door de stad Magdeburg en die bovendien ten dele op vermoedens stoelen, voldoen niet aan de hoge eisen die aan het bewijs van een grensoverschrijdend belang van het plaatsen van secundaire diensten moeten worden gesteld.

121. Aangezien de Commissie geen grensoverschrijdend belang weet aan te tonen, dient haar grief dat de stad Magdeburg met het plaatsen van de opdracht eveneens inbreuk heeft gemaakt op het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, ongegrond te worden verklaard.

iii) Tussenconclusie

122. In het licht van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat de Bondsrepubliek Duitsland, door het plaatsen van de gelaakte opdracht door de stad Magdeburg, in strijd met artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 heeft gehandeld. Voor het overige dient de grief van de Commissie betreffende het plaatsen van de opdracht door de stad Magdeburg nietontvankelijk, op zijn minst echter ongegrond te worden verklaard.

b) De opdrachten geplaatst door de steden Bonn (Noordrijn-Westfalen) en Witten (Noordrijn-Westfalen), de regio Hannover (Nedersaksen) en het kanton Hameln-Pyrmont (Nedersaksen)

123. Aangaande de gelaakte gunning van opdrachten door de steden Bonn en Witten, de regio Hannover en het kanton Hameln-Pyrmont voert de Commissie het volgende aan:

124. In het jaar 2004 heeft de stad Bonn als aanbestedende dienst een opdracht voor ambulancediensten voor de periode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 geplaatst zonder deze op Europese schaal aan te besteden. De opdracht had onder meer betrekking op de exploitatie van vier ambulancekazernes. De waarde van de opdracht lag bij ten minste 5,28 miljoen euro.

125. Althans sinds 2005 heeft de stad Witten als aanbestedende dienst opdrachten voor ambulancediensten ter waarde van jaarlijks 945753 euro geplaatst zonder deze op Europese schaal aan te besteden. De opdrachten hadden betrekking op de exploitatie van een ambulancekazerne.

126. In 2004 heeft de regio Hannover als aanbestedende dienst een aanbesteding voor het verrichten van ambulancediensten op haar grondgebied uitgevoerd, waarop uitsluitend de reeds deelnemende organisaties – de Arbeiter-Samariter-Bund (hierna: „ASB"), het Deutsche Rote Kreuz (hierna: „DRK"), de Johanniter-Unfallhilfe (hierna: „JUH") en de RKT GmbH – mochten inschrijven. Met de opdracht, die betrekking had op de periode 1 januari 2005 tot en met 31 december 2009, was een bedrag van in totaal ongeveer 65 miljoen euro gemoeid.

127. In 1993 heeft het kanton Hameln-Pyrmont de kreisverband (voor het kanton verantwoordelijke afdeling) van het DRK opdracht gegeven voor het verrichten van ambulancediensten op zijn grondgebied. De overeenkomst met een looptijd van oorspronkelijk tien jaar is niet opgezegd, maar is in 2003 zonder aanbesteding met nog eens tien jaar verlengd. Bovendien is in 1999 in de gemeente Emmerthal een nieuwe ambulancekazerne gebouwd, waarvan de exploitatie eveneens zonder aanbesteding aan het DRK is toegekend. De totale waarde van deze opdrachten ligt bij 7,2 miljoen euro per jaar.

128. Deze weergave van de feiten wordt door de Bondsrepubliek Duitsland niet betwist.

129. De Commissie stelt dat in al deze gevallen inbreuk is gemaakt op de meldingsplicht voor geplaatste opdrachten (artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18). Deze inbreuken zijn niet bestreden.

130. Het door de Commissie eveneens in al deze gevallen aangevoerde verwijt van schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die voortvloeien uit de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, houdt mijns inziens echter geen steek. Deze grief moet op grond van dezelfde rechtsdogmatische en bewijsrechtelijke redenen die ik reeds in het kader van de analyse van de aanbesteding door de stad Magdeburg heb uitgewerkt, van de hand worden gewezen. [59]

c) De opdracht geplaatst door het kanton Uelzen (Nedersaksen)

131. Met betrekking tot de opdracht geplaatst door het kanton Uelzen heeft de Commissie aangevoerd dat het DRK op basis van

59 — Zie punten 90 e.v. van deze conclusie.

een overeenkomst van 10 juli 1984 op het gebied van het kanton Uelzen met uitzondering van het gebied Bevensen-Bienenbüttel ambulancediensten heeft verricht. Deze overeenkomst is in 2004 op wezenlijke punten gewijzigd, hetgeen als nieuwe opdracht moet worden gekwalificeerd. Bij deze nieuwe procedure is artikel 16 van richtlijn 92/50 niet geëerbiedigd. Bovendien is in dit verband inbreuk gemaakt op het discriminatieverbod en het transparantievereiste die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

132. De Bondsrepubliek Duitsland stelt dat de wijziging van de overeenkomst van 2004 verband houdt met het feit dat het kanton Uelzen de agglomeratie Bevensen in 1984 met de organisatie van de ambulancediensten in het gebied Bevensen-Bienenbüttel had belast. In 2002 heeft het DRK via een bedrijfsovername de gehele ambulancedienst voor de agglomeratie Bevensen overgenomen. Dit is de verklaring voor de in 2004 tussen het kanton Uelzen en het DRK overeengekomen wijzigingen van de overeenkomst, die niet zo wezenlijk zijn dat zij een nieuwe aanbestedingsrechtelijk relevante plaatsing van een opdracht vormen. Aangezien de gelaakte opdracht dus in wezen al in 1984 en dus vóór afloop van de omzettingstermijn van richtlijn 92/50 is geplaatst, kan geen niet-naleving van deze richtlijn worden gesteld.

133. De vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een bestaande overeenkomst als zelfstandige plaatsing van een opdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen moeten worden beschouwd, heeft het Hof in zijn arrest van 19 juni 2008, Pressetext Nachrichtenagentur [60], beantwoord. In dit verband benadrukte het in het bijzonder dat wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50 vormen, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van die overeenkomst. [61] Een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst kan onder meer dan als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen. [62]

134. Uit het door de door de Duitse regering overgelegde documentatiemateriaal en haar verklaringen volgt dat de overheidsopdracht in 2004 is uitgebreid tot het verrichten van openbare ambulancediensten op het gebied van de ambulancepost Bevensen, dat ongeveer een kwart van het totale grondgebied van het kanton uitmaakt. De Bondsrepubliek Duitsland erkent voorts dat de waarde van de opdracht voor het gehele kanton Uelzen ongeveer 4 450 000 euro per jaar bedraagt en dat met de te verrichten ambulancediensten op

60 — Arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punten 28 e.v.).

61 — Ibid., punt 34.

62 — Ibid., punt 36.

het gebied van de ambulancepost Bevensen jaarlijks een bedrag van ten minste 670 000 euro gemoeid is. [63]

135. De wijzigingen van de overeenkomst die het kanton Uelzen en het DRK in 2004 zijn overeengekomen, hadden dus tot gevolg dat in de opdracht inzake de verrichting van ambulancediensten een bijkomend gebied van het kanton is opgenomen, waardoor de regio waarin het DRK actief is met ongeveer 25 % is uitgebreid en de totale waarde van de opdracht met ten minste 15 % is gestegen. Dit betekent dat de in 2004 overeengekomen wijzigingen als wezenlijk moeten worden beschouwd en de procedure als nieuwe plaatsing van de openbare ambulancediensten in het gehele kanton moet worden gekwalificeerd. Hierop was richtlijn 92/50 van toepassing. De — niet met documenten gestaafde — argumentatie van de Bondsrepubliek dat het DRK de ambulancediensten van een andere onderneming heeft overgenomen, doet niet ter zake.

136. In dit verband staat vast dat bij de nieuwe plaatsing in 2004 artikel 16 van richtlijn 92/50 niet is nageleefd. Derhalve is aangetoond dat de Bondsrepubliek Duitsland die bepaling in het betrokken geval heeft geschonden.

137. Het door de Commissie eveneens aangevoerde verwijt van schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, houdt mijns inziens echter geen steek. Deze grief moet op grond van dezelfde rechtsdogmatische en bewijsrechtelijke bezwaren die ik reeds in het kader van de analyse van de aanbesteding door de stad Magdeburg heb uitgewerkt, van de hand worden gewezen. [64]

d) De opdrachten geplaatst door de Rettungszweckverband Westsachsen (Saksen), de Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg (Saksen) en de Rettungszweckverband Vogtland (Saksen)

138. Aangaande de opdrachten geplaatst door de Rettungszweckverband Westsachsen, de Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg en de Rettungszweckverband Vogtland voert de Commissie het volgende aan:

139. De Rettungszweckverband Westsachsen heeft als aanbestedende dienst met de ASB, het DRK, de JUH en de Berufsfeuerwehr (beroepsbrandweer) Zwickau overeenkomsten inzake het verrichten van ambulancediensten gesloten met een looptijd van telkens vier jaar

63 — Verweerschrift van de Bondsrepubliek Duitsland van 4 september 2008, punt 22.

64 — Zie punten 90 e.v. van deze conclusie.

en een waarde van in totaal 7,9 miljoen euro per jaar. Deze overeenkomsten zijn in 2003 zonder aanbesteding met vier jaar verlengd. Na het einde van de looptijd zijn zij nog eens tot 31 december 2008 verlengd.

140. De Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg heeft als aanbestedende dienst met de ASB, het DRK, de JUH en de Berufsfeuerwehr Chemnitz overeenkomsten inzake het verrichten van ambulancediensten gesloten met een looptijd van telkens vier jaar en een waarde van in totaal 3,3 miljoen euro per jaar. Deze overeenkomsten zijn in 2002 zonder aanbesteding met vier jaar verlengd. Na het einde van de looptijd zijn zij nog eens tot 31 december 2008 verlengd.

141. De Rettungszweckverband Vogtland heeft in 2002 respectievelijk 2004 als aanbestedende dienst met de ASB, het DRK, de JUH, de particuliere Rettungsdienstgesellschaft (reddingsmaatschappij) Plauen en de Berufsfeuerwehr Plauen zonder aanbesteding overeenkomsten over het verrichten van ambulancediensten gesloten, met een looptijd van telkens vier jaar en een waarde van in totaal 3,9 miljoen euro per jaar. Deze overeenkomsten zijn na afloop van de vierjarige looptijd zonder aanbesteding tot 31 december 2008 verlengd.

142. De Commissie stelt in al deze gevallen schending van de mededelingsplicht voor geplaatste opdrachten (artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18). Deze inbreuken staan vast.

143. Daaraan wordt ook geen afbreuk gedaan door het argument van de Bondsrepubliek Duitsland dat opdrachten op het gebied van ambulancediensten sinds de inwerkingtreding van het Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (wet brandbescherming, ambulancedienst en rampenbestrijding) van de deelstaat Saksen van 1 januari 2005 slechts op basis van een aanbesteding mogen worden geplaatst. De Bondsrepubliek Duitsland heeft in het bijzonder de vaststelling van de Commissie niet tegengesproken, dat de opdrachten in alle genoemde gevallen onder de oude regeling tot en met 31 december 2008 zijn verlengd.

144. Volgens vaste rechtspraak moet het bestaan van een niet-nakoming worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn.[65] Dit betekent in de onderhavige procedure dat de situatie op 16 februari 2007

65 — Arresten van 6 oktober 2009, Commissie/Spanje (C-562/07, Jurispr. blz. I-9553, punt 23); 19 mei 2009, Commissie/Italië (C-531/06, Jurispr. blz. I-4103, punt 98), en 19 juni 2008, Commissie/Luxemburg (C-319/06, Jurispr. blz. I-4323, punt 72).

relevant is. Op dit tijdstip was de gestelde inbreuk op de aanbestedingsrichtlijnen een feit.

145. Het door de Commissie eveneens in al deze gevallen aangevoerde verwijt van schending van het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, houdt mijns inziens echter geen steek. Deze grief moet op grond van dezelfde rechtsdogmatische en bewijsrechtelijke bezwaren die ik reeds in het kader van de analyse van de aanbesteding door de stad Magdeburg heb uitgewerkt, van de hand worden gewezen. [66]

e) Tussenconclusie

146. In het licht van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat wat de genoemde aanbestedingen door de steden Magdeburg, Bonn en Witten, de regio Hannover, de kantons Uelzen en Hameln-Pyrmont evenals door de Rettungszweckverband Westsachsen, de Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg en de Rettungszweckverband Vogtland betreft, de Bondsrepubliek Duitsland in strijd met artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 heeft gehandeld. De Commissie heeft daarentegen niet weten aan te tonen dat de Bondsrepubliek Duitsland daarnaast ook inbreuk heeft gemaakt op het discriminatieverbod en het transparantievereiste, die besloten liggen in de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

4. Onrechtmatige aanbestedingspraktijk in de Bondsrepubliek Duitsland

147. In de onderhavige procedure betoogt de Commissie dat de door haar aangevoerde procedures op het bestaan van een constante en algemene aanbestedingspraktijk duiden. Tegen deze achtergrond verzoekt zij het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland door een onrechtmatige aanbestedingspraktijk het gemeenschapsrecht heeft geschonden.

148. Indien wordt aangetoond dat in een lidstaat een praktijk bestaat die in strijd is met het aanbestedingsrecht, kan deze praktijk als zodanig in het kader van de procedure van artikel 226 EG aan de orde worden gesteld. [67] In dat geval dient de Commissie in een eerste stadium op gesubstantieerde wijze herhaaldelijke schendingen aan te voeren, die op het bestaan van een praktijk duiden. Vervolgens is het zaak van de betrokken lidstaat de

66 — Zie punten 90 e.v. van deze conclusie.

67 — In dit verband volstaat een verwijzing naar de vaste rechtspraak, dat een schending van gemeenschapsrechtelijke verplichtingen ook kan voortvloeien uit een administratieve praktijk, zelfs wanneer de toepasbare nationale regeling met het gemeenschapsrecht verenigbaar is. Zie arrest van 10 september 2009, Duitsland/Griekenland (C-416/07, Jurispr. blz. I-7883, punt 24, met verdere verwijzingen).

genoemde inbreuken concreet te weerleggen. In een tweede stadium moet dan worden beoordeeld of de aangevoerde schendingen als voldoende gedocumenteerd en gedetailleerd bewijs van het bestaan van de verweten praktijk kunnen worden gekwalificeerd. [68]

149. In casu heeft de Commissie aangetoond dat de steden Magdeburg (Saksen-Anhalt), Bonn (Noordrijn-Westfalen) en Witten (Noordrijn-Westfalen), de regio Hannover (Nedersaksen), de kantons Uelzen (Nedersaksen) en Pyrmont-Hameln (Nedersaksen) evenals de Rettungszweckverband Westsachsen (Saksen), de Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg (Saksen) en de Rettungszweckverband Vogtland (Saksen) in het kader van de aanbesteding van ambulancediensten niet hebben voldaan aan de meldingsplicht in de zin van artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18.

150. De Commissie stelt bovendien dat uit door haar uitgevoerd onderzoek blijkt dat in de periode 2001 tot en met 2006 voor de gehele Bondsrepubliek Duitsland slechts twee geplaatste opdrachten zijn meegedeeld. Dit wordt door de Bondsrepubliek Duitsland niet betwist.

151. Tegen deze achtergrond moet derhalve worden vastgesteld dat in de deelstaten Saksen-Anhalt, Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen en Saksen een constante en algemene aanbestedingspraktijk voor ambulancediensten bestaat, in het kader waarvan de regels inzake de mededelingsverplichting van artikel 16 van richtlijn 92/50 respectievelijk artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 niet worden geëerbiedigd.

152. Aan de vaststelling dat in deze deelstaten praktijken bestaan die indruisen tegen het aanbestedingsrecht, wordt ook geen afbreuk gedaan door het argument van de Bondsrepubliek Duitsland dat het Bundesgerichtshof de deelstaten in twee beslissingen van 1 december 2008 [69] ertoe heeft verplicht hun praktijken inzake de plaatsing van opdrachten voor ambulancediensten onder de loep te nemen en met inachtneming van het aanbestedingsrecht te herzien.

153. Zoals ik reeds heb opgemerkt, moet het bestaan van een niet-nakoming worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn. [70] In de onderhavige procedure is dus de situatie op 16 februari 2007 relevant. Op dit

68 — Zie arrest van 19 maart 2009, Commissie/Griekenland (C-489/06, Jurispr. blz. I-1797, punten 40 e.v.)

69 — Beslissing van het Bundesgerichtshof van 1 december 2008, X ZB 31/08. Zie ook punt 27 van deze conclusie.

70 — Zie punt 143 van deze conclusie.

tijdstip waren de genoemde inbreuken op de aanbestedingsrichtlijnen een feit.

154. Om deze reden doet de argumentatie van de Bondsrepubliek Duitsland betreffende de wijziging van de juridische situatie in de deelstaat Saksen, die een afschaffing van het „Submissionsmodell" per 1 januari 2009 inhield, in de onderhavige procedure niet ter zake.

155. Omstreden is echter of de Commissie alleen de aanbestedingspraktijk in de deelstaten Saksen-Anhalt, Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen en Saksen aan de orde heeft gesteld of dat zij de aanbestedingspraktijk in deze vier deelstaten als voorbeeld van een constante en algemene aanbestedingspraktijk in alle deelstaten heeft aangevoerd.

156. De argumentatie van de Commissie is in dit opzicht tegenstrijdig voor zover zij in haar verzoekschrift uitdrukkelijk heeft gesteld dat het beroep zich tot de aanbestedingspraktijk in Saksen-Anhalt, Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen en Saksen beperkt, alhoewel de in de procedure aan de kaak gestelde aanbestedingspraktijk ook in andere Duitse deelstaten voorkomt. [71] In haar repliek verzoekt de Commissie echter om vaststelling van de aanbestedingsrechtelijke onrechtmatigheid van deze praktijk met betrekking tot het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland. [72]

157. In dit verband wil ik eraan herinneren dat nieuwe middelen in de loop van een geding principieel niet mogen worden voorgedragen. [73] Tegen deze achtergrond moet in het kader van de onderhavige procedure worden uitgegaan van de in het verzoekschrift neergelegde grief, waarmee de Commissie alleen de aanbestedingspraktijk in de deelstaten Saksen-Anhalt, Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen en Saksen heeft bekritiseerd.

158. In het licht van mijn eerdere overwegingen kom ik tot de eindconclusie dat de Bondsrepubliek Duitsland bij de plaatsing van opdrachten inzake het verrichten van ambulancediensten onder bezwarende titel in de deelstaten Saksen-Anhalt, Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen en Saksen tot en

71 — Zie punt 10 van het verzoekschrift van de Commissie van 15 april 2008. In punt 5 ervan had de Commissie reeds opgemerkt dat haar beroep zich beperkte tot het plaatsen van opdrachten voor ambulancediensten volgens het „submissionsmodell", dat in de meeste Duitse deelstaten van toepassing is.

72 — Zie punten 17 e.v. van de repliek van de Commissie van 21 november 2008.

73 — Zie artikel 42, lid 1, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

met 31 januari 2006 in strijd met artikel 10 juncto artikel 16 van richtlijn 92/50 en sinds 1 februari 2006 in strijd met artikel 22 juncto artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18 heeft gehandeld.

VIII — Kosten

159. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Volgens artikel 69, lid 3, van dit Reglement kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

160. In de onderhavige zaak is de Commissie niet op alle punten in het gelijk gesteld. Ik stel derhalve voor dat het Hof de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland respectievelijk in hun eigen kosten verwijst.

IX — Conclusie

161. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

1) vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland bij de aanbesteding van opdrachten voor het verrichten van ambulancediensten onder bezwarende titel in de deelstaten Saksen-Anhalt, Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen en Saksen tot en met 31 januari 2006 inbreuk heeft gemaakt op artikel 10 juncto artikel 16 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en sinds 1 februari 2006 op artikel 22 juncto artikel 35, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten;

2) het beroep te verwerpen voor het overige;

3) de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland ieder te verwijzen in hun eigen kosten.