JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
VERICA TRSTENJAK
11 päivänä helmikuuta 2010[1]

Sisällys

I Johdanto ..... I - 3719

II Asiaa koskevat oikeussäännöt ..... I - 3719

A Direktiivi 92/50 ..... I - 3719

B Direktiivi 2004/18 ..... I - 3720

III Tosiseikat ..... I - 3721

IV Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely ..... I - 3722

V Oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa ja asianosaisten vaatimukset ..... I - 3722

VI Asianosaisten ja muiden osapuolten pääasialliset lausumat ..... I - 3723

VII Oikeudellinen arviointi ..... I - 3725

A Tutkittavaksi ottaminen ..... I - 3725

1. Pelastuspalvelut yhdistelmäpalveluina julkisia hankintoja koskevien direktiivien mukaisessa järjestelmässä ..... I - 3726

2. Vaatimusten uudelleen muotoileminen kannekirjelmässä ..... I - 3727

3. Päätelmä ..... I - 3730

B Perusteltavuus ..... I - 3730

1. EY 45 artiklan 1 kohdan mukaisen alakohtaisen poikkeuksen soveltumattomuus ..... I - 3730

2. EY 86 artiklan 2 kohdan mukaisen oikeuttamisperusteen puuttuminen ..... I - 3736

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

3. Kanteen kohteena olevien yhdeksän hankintamenettelyn analyysi ..... I - 3739

a) Magdeburgin kaupungin tekemä hankintasopimus (Saksi-Anhaltin osavaltio) ..... I - 3739

i) Direktiivin 92/50 16 artiklan ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohdan rikkominen ..... I - 3739

ii) Se, ettei primaarioikeudellisen syrjintäkiellon periaatteen tai primaarioikeudellisen avoimuusperiaatteen loukkaamista ole ..... I - 3740

– Perusteltavuuden tutkiminen sen oletuksen perusteella, että primaarioikeuden rikkomista koskeva kanneperuste on osittain jätettävä tutkimatta ..... I - 3740

– Toissijaisesti: perusteltavuuden tutkiminen siinä tapauksessa, että primaarioikeuden rikkomista koskeva kanneperuste otetaan tutkittavaksi kokonaisuudessaan ..... I - 3741

Johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuuden periaate ..... I - 3742

Toissijaisista palveluista tehtäviin hankintasopimuksiin liittyvän rajat ylittävän intressin osoittaminen ..... I - 3747

iii) Päätelmä ..... I - 3749

b) Bonnin kaupungin (Nordrhein-Westfalenin osavaltio) ja Wittenin kaupungin (Nordrhein-Westfalenin osavaltio), Hannoverin alueen (Ala-Saksin osavaltio) ja Hameln-Pyrmontin piirikunnan (Ala-Saksin osavaltio) tekemät hankintasopimukset ..... I - 3749

c) Uelzenin piirikunnan tekemä hankintasopimus (Ala-Saksin osavaltio) ..... I - 3750

d) Westsachsenin (Saksin osavaltio), Chemnitz/Stollbergin (Saksin osavaltio) ja Vogtlandin (Saksin osavaltio) pelastusalan yhteenliittymien tekemät hankintasopimukset ..... I - 3752

e) Päätelmä ..... I - 3754

4. Lainvastainen sopimuskäytäntö Saksan liittotasavallassa ..... I - 3754

VIII Oikeudenkäyntikulut ..... I - 3757

IX Ratkaisuehdotus ..... I - 3757

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävässä asiassa on kyse komission EY 226 artiklan nojalla nostamasta jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevasta kanteesta, jossa komissio pyytää unionin tuomioistuinta toteamaan, että Saksan liittotasavalta ei ole noudattanut julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY[2] ja julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY[3] mukaisia velvollisuuksiaan sekä sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia periaatteita (EY 43 ja EY 49 artikla), koska se ei ole järjestänyt Saksi-Anhaltin, Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin ja Saksin osavaltioissa julkisia tarjouskilpailuja palveluhankintasopimuksista julkisen pelastustoimen alalla tai tehnyt kyseisiä sopimuksia avoimesti ja koska se ei ole julkaissut ilmoituksia tekemistään sopimuksista.

2 – EYVL L 209, s. 1.

3 – EUVL L 134, s. 114.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Direktiivi 92/50*

2. Direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohdan mukaan hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.

3. Direktiivin 92/50 10 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Sopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä I A että liitteessä I B lueteltuja palveluja, on tehtävä III–VI osaston säännösten mukaisesti, jos liitteessä I A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä I B lueteltujen palvelujen arvo. Muissa tapauksissa sopimukset on tehtävä 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti.”

4. Direktiivin 92/50 16 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Hankintaviranomaisten, jotka ovat tehneet julkista palveluhankintaa koskevan sopimuksen tai järjestäneet suunnittelukilpailun,

on lähetettävä sopimuksen tekomenettelyn tuloksia koskeva ilmoitus Euroopan yhteisöjen virallisten julkaisujen toimistolle.

mukaisesti, jos liitteessä II A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä II B lueteltujen palvelujen arvo. Muissa tapauksissa sopimukset tehdään 23 artiklan ja 35 artiklan 4 kohdan mukaisesti.”

2. Ilmoitukset on julkaistava:

7. Direktiivin 18/2004 35 artiklan 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

– –”

”Hankintaviranomaisten, jotka ovat tehneet julkisen hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn, on lähetettävä ilmoitus hankintamenettelyn tuloksista 48 päivän kuluessa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn tekemisestä.

B *Direktiivi 2004/18*

5. Direktiivin 2004/18 2 artiklan mukaan hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.

– –

6. Direktiivin 2004/18 22 artiklassa säädetään seuraavaa:

Liitteessä II B lueteltuja julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten osalta hankintaviranomaisten on mainittava ilmoituksessaan, saako sen julkaista. Komissio laatii julkisten palveluhankintojen osalta säännöt tällaisiin ilmoituksiin perustuvien tilastoselvitysten laatimisesta ja niiden julkaisemisesta 77 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua menettelyä noudattaen.

”Hankintasopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä II A että liitteessä II B lueteltuja palveluja, tehdään 23–55 artiklan säännösten

– –”

sairaankuljetusautolla asianmukaista hoitoa antaen.

III Tosiseikat

8. Saksan liittotasavallassa oikeus pelastustoimen järjestämiseen kuuluu osavaltioiden lainsäädäntövaltaan, ja osavaltiot ovat käyttäneet lainsäädännöllisiä järjestelymahdollisuuksiaan eri tavoin.

9. Useimmissa Saksan osavaltioissa pelastuspalveluja suoritetaan kaksijakoisessa järjestelmässä, jossa toisistaan erotetaan julkinen pelastustoimi ja osavaltioiden pelastuspalvelulakien mukaisten lupien perusteella suoritettavat pelastuspalvelut.

10. Julkinen pelastustoimi käsittää tavallisesti sekä kiireelliset sairaankuljetuspalvelut (Notfalltransportleistungen) että kiireettömät sairaankuljetuspalvelut (qualifizierte Krankentransportleistungen). Kiireellisellä sairaankuljetuksella tarkoitetaan hengenvaarallisesti loukkaantuneiden tai sairastuneiden henkilöiden kuljetuksia lääkäriambulanssilla tai ensiapuvälinein varustetulla pelastusautolla (Notarzt- oder Rettungswagen) asianmukaista hoitoa antaen. Kiireettömällä sairaankuljetuksella tarkoitetaan sellaisten sairastuneiden, loukkaantuneiden tai muutoin avun tarpeessa olevien henkilöiden, jotka eivät ole hätätilapotilaita, kuljetuksia

11. Monet osavaltiot ovat päättäneet jättää julkisen pelastustoimen palvelujen suorittajien valinnan yksittäisille kaupungeille, piirikunnille (Landkreis), pelastusalan yhteenliittymille jne. Tämän vuoksi nämä alueviranomaiset yleensä tekevät palveluntarjoajien kanssa sopimuksia kattavasta pelastuspalvelujen tarjoamisesta väestölle. Jos alueviranomaiset korvaavat palvelut välittömästi, sopimusmallia kutsutaan hankintamalliksi (Submissionsmodell). Jos korvaus sen sijaan saadaan siten, että toimeksisaaja perii rahallisia vastikkeita suoraan potilailta tai sairauskassoilta, kyseessä on niin sanottu konsessiomalli (Konzessionsmodell).

12. Komissio moittii kanteessaan palveluhankintasopimusten tekotapaa julkisen pelastustoimen alalla Ala-Saksin, Nordrhein-Westfalenin, Saksin ja Saksi-Anhaltin osavaltioissa, joissa sovelletaan jatkuvasti hankintamallia. Komissio moittii erityisesti sitä, että näissä osavaltioissa julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan kuuluvista palveluhankintasopimuksista julkisen pelastustoimen alalla ei yleensä järjestetä tarjouskilpailua ja että näitä sopimuksia ei tehdä avoimesti.

IV Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely

13. Vastaanotettuaan useita kanteluja komissio ilmoitti Saksan liittotasavallalle 10.4.2006 päivätyllä kirjeellä, että tämä on saattanut rikkoa julkisia hankintoja koskevia direktiivejä sekä primaarioikeutta tehdessään sopimuksia pelastuspalveluista rahallista vastiketta vastaan Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin, Saksin ja Saksi-Anhaltin osavaltioissa. Lisäksi komissio ilmoitti Saksan liittotasavallalle, että se on saattanut loukata sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia periaatteita tehdessään pelastuspalveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia. Tämän vuoksi Saksan liittotasavallan hallitusta kehotettiin esittämään huomautuksensa komission kannasta EY 226 artiklan mukaisesti kahden kuukauden kuluessa.

14. Saksan liittotasavalta kiisti 10.7.2006 päivätyssä kirjeessään sille esitetyt väitteet jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisestä. Lisäksi se totesi, että Saksin osavaltiossa oli vuonna 2005 tehty lainmuutos, minkä vuoksi myös kyseisessä osavaltiossa pelastuspalveluja koskevat sopimukset tehtiin viimeistään 1.1.2009 lähtien noudattaen valintamenettelyä, jossa otettiin huomioon syrjimättömän kilpailun periaatteet.

15. Komissio antoi Saksan liittotasavallalle 15.12.2006 päivätyssä kirjeessä perustellun lausunnon. Siinä se lopuksi totesi, että Saksan liittotasavalta on jättänyt noudattamatta tai edelleen jättää noudattamatta direktiivien 92/50 ja 2004/18 mukaisia velvollisuuksiaan sekä sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia periaatteita. Tämän vuoksi komissio kehotti Saksan liittotasavaltaa toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet noudattaakseen perusteltua lausuntoa kahden kuukauden kuluessa lausunnon vastaanottamisesta.

16. Saksan liittotasavalta vastusti komission oikeudellista näkemystä uudestaan 22.2.2007 päivätyssä kirjeessään. Se katsoi, että komission mainitsemista yksittäistapauksista yhdessäkään ei ole kyseessä yhteisön oikeuden rikkominen.

V Oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa ja asianosaisten vaatimukset

17. Koska Saksan liittotasavalta ei noudattanut perusteltua lausuntoa, komissio nosti 15.4.2008 kanteen EY 226 artiklan nojalla.

18. Komissio vaatii, että unionin tuomioistuinta toteamaan, että

– Saksan liittotasavalta on jättänyt noudattamatta direktiivien 92/50/ETY ja 2004/18/EY mukaisia velvollisuuksiaan sekä sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia periaatteita (EY 43 ja EY 49 artikla), koska se ei ole julkaissut ilmoituksia tekemistään sopimuksista ja koska se ei ole järjestänyt julkisia tarjouskilpailuja palveluhankintasopimuksista julkisen pelastustoimen alalla eikä tehnyt kyseisiä sopimuksia avoimesti

– Saksan liittotasavalta on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

19. Saksan liittotasavalta vaatii, että unionin tuomioistuin hylkää kanteen ja velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

20. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 16.12.2008 tekemällä päätöksellä annettiin Alankomaiden kuningaskunnalle lupa osallistua asian käsittelyyn väliintulijana tukeakseen Saksan liittotasavallan vaatimuksia. Alankomaiden kuningaskunta tukee Saksan liittotasavallan väitteitä ja vaatii unionin tuomioistuinta hylkäämään komission kanteen.

VI Asianosaisten ja muiden osapuolten pääasialliset lausumat

21. Komission mukaan useissa Saksan osavaltioissa kiireellisiä ja kiireettömiä julkisia sairaankuljetuspalveluja koskevien sopimusten tekemisessä on vakiintunut käytäntö, jonka mukaisesti sopimuksia tehdään julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisesti paikallisten tarjoajien kanssa ilman Euroopan laajuista tarjouskilpailua tai varmistamatta riittävää avoimuutta.

22. Komissio viittaa yhdeksään konkreettiseen esimerkkiin Ala-Saksin, Nordrhein-Westfalenin, Saksin ja Saksi-Anhaltin osavaltioissa tehdyistä sopimuksista todetessaan aluksi, että hankinnoista vastaavia kaupunkeja, piirikuntia ja pelastusalan yhteenliittymiä on pidettävä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitettuina hankintaviranomaisina. Lisäksi komissio katsoo, että julkisen pelastustoimen alalla tehtyjä sopimuksia on pidettävä rahallista vastiketta vastaan tehtyinä julkisina sopimuksina,

joiden arvo nyt esillä olevissa asioissa ylittää direktiivien 92/50 ja 2004/18 soveltamisen edellyttämän taloudellisen kynnysarvon selvästi.

23. Jos nämä julkisia hankintoja koskevat sopimukset tehtiin ennen 31.1.2006, ne komission mukaan kuuluvat direktiivin 92/50 soveltamisalaan. Koska nämä sopimukset koskevat yhdistelmäpalveluja, komissio katsoo, että ne olisi pitänyt tehdä direktiivin 92/50 III–IV osaston tai 14 ja 16 artiklan säännösten mukaisesti sen mukaan, oliko kuljetuspalvelujen vai sairaanhoitopalvelujen arvo suurempi. Komission mukaan niiden sopimusten osalta, jotka on tehty direktiivin 2004/18 täytäntöönpanolle varatun määräajan päätyttyä, kyseiseen direktiiviin sisältyy vastaava järjestely.

24. Kun otetaan huomioon, että kaikissa mainituissa esimerkkitapauksissa on kysymys sopimuksista, joihin liittyy rajat ylittävä intressi, komissio katsoo Saksan liittotasavallan loukanneen myös syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka sisältyvät sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen.

25. Väitetyt rikkomiset eivät komission mukaan ole yksittäistapauksia, vaan se pitää niitä osoituksena yleisestä yhteisön oikeuden vastaisesta sopimuskäytännöstä. Komissio katsoo, että pelastuspalveluja koskevien Euroopan laajuisten tarjouskilpailujen ja tehtyjä sopimuksia koskevien ilmoitusten erittäin pieni määrä vahvistaa tämän arvion.

26. Saksan hallitus ei hyväksy komission esitystä, jossa pyritään tuomitsemaan Saksan liittotasavallassa vallitseva sopimuskäytäntö kattavasti esittämällä tosiseikat yksittäisistä hankintamenettelyistä neljässä osavaltiossa, joita on kaikkiaan 16. Se pitää myös komission esittämiä väitteitä tosiseikoista virheellisinä.

27. Saksan hallitus tukeutuu lisäksi alakohtaiseen poikkeukseen EY 45 artiklan 1 kohdan nojalla luettuna yhdessä EY 55 artiklan kanssa; sen mukaisesti sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia EY:n perustamissopimuksen lukuja ei sovelleta toimintaan, joka jatkuvasti tai tilapäisesti liittyy julkisen vallan käyttöön kyseisessä jäsenvaltiossa, kuten asianlaita Saksan hallituksen mukaan on nyt esillä olevien pelastuspalvelujen tapauksessa. Koska nämä kaksi EY:n perustamissopimuksen lukua muodostavat julkisia hankintoja koskevien direktiivien oikeusperustan, myöskään kyseisiä direktiivejä ei Saksan hallituksen mukaan sovelleta esillä olevassa asiassa.

28. Saksan hallitus esittää toissijaisesti, että nyt tarkasteltavat pelastuspalvelut täyttävät EY 86 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja etuoikeuksia koskevat edellytykset. Koska EY 86 artiklan 2 kohtaan sisältyy poikkeus paitsi kilpailusäännöistä myös kaikista muista EY:n perustamissopimuksen määräyksistä, Saksan hallitus pitää komission kannetta perusteettomana myös tästä näkökulmasta tarkasteltuna. Lopuksi Saksan hallitus viittaa kahteen Bundesgerichtshofin 1.12.2008 tekemään päätökseen, joiden mukaan julkisia hankintoja koskevia säännöksiä on sovellettava nyt myös pelastuspalveluja koskevien sopimusten tekemiseen.

29. Alankomaiden hallitus katsoo, että Saksan liittotasavalta ei ole rikkonut julkisia hankintoja koskevia direktiivejä eikä EY 43 ja EY 49 artiklaa. Nyt tarkasteltavia julkisia pelastuspalveluja on sen mukaan pidettävä EY 86 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuina yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvinä palveluina. Alankomaiden hallituksen mukaan tällöin on otettava huomioon, että EY 86 artiklan 2 kohdassa määrätty poikkeus pätee myös perusvapauksiin. Lisäksi Alankomaiden hallitus tarkastelee mahdollisuutta soveltaa EY 45 ja EY 55 artiklan alakohtaista poikkeusta. Alankomaiden hallitus kallistuu sille kannalle, että näiden poikkeusmääräysten soveltamisen edellytykset saattavat täyttyä nyt tarkasteltavien pelastuspalvelujen tapauksessa.

VII Oikeudellinen arviointi

A *Tutkittavaksi ottaminen*

30. EY 226 artiklan mukaisen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn erityispiirteenä on se, että määrittelemällä oikeudenkäynnin kohde oikeudenkäyntiä edeltävässä menettelyssä rajataan käytävän oikeudenkäynnin sallittu kanteen kohde. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perustellun lausunnon ja sitä seuraavan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan kanteen on perustuttava samoihin syihin ja perusteisiin, mistä seuraa, että unionin tuomioistuin ei voi tutkia väitettä, jota ei ole esitetty perustellussa lausunnossa.[4]

31. Tämä tutkittavaksi ottamisen edellytys, jolla kielletään perustellussa lausunnossa esitettyjä väitteitä laajempien väitteiden esittäminen, edistää kyseisen jäsenvaltion puolustautumisoikeuksien suojaamista, koska jäsenvaltiolle on määrä antaa mahdollisuus noudattaa yhteisön oikeuden mukaisia velvoitteitaan ja puolustautua asianmukaisesti komission esittämiä väitteitä vastaan. Samalla tästä edellytyksestä käy ilmi yleinen

4 – Ks. asia C-326/07, komissio v. Italia, tuomio 26.3.2009 (Kok., s. I-2291, 29 kohta); asia C-350/02, komissio v. Alankomaat, tuomio 24.6.2004 (Kok., s. I-6213, 20 kohta); asia 76/86, komissio v. Saksa, tuomio 11.5.1989 (Kok., s. 1021, 8 kohta) ja asia 186/85, komissio v. Belgia, tuomio 7.5.1987 (Kok., s. 2029, 13 kohta).

menettelyllinen perussääntö, jonka mukaan mahdollisen oikeudenkäynnin kohteena olevan riidan on oltava selvästi määritelty.[5]

32. Mielestäni komissio on nyt käsiteltävässä asiassa muotoillessaan kanteen vaatimukset mennyt sääntöjenvastaisesti perustellussa lausunnossa esitettyjä väitteitä pidemmälle. Selventääkseni ja rajatakseni tämän sääntöjenvastaisen kanteen laajentamisen tarkastelen ensiksi esillä olevien pelastuspalvelujen luokitusta julkisia hankintoja koskevien direktiivien mukaisessa järjestelmässä. Tämän jälkeen kuvaan, kuinka komissio on muotoillut perustellussa lausunnossa esittämänsä vaatimukset uudelleen kannekirjelmässä ja millä tavoin myös oikeudenkäynnin kohde on muuttunut tämän uudelleenmuotoilun myötä.

33. Se, että Saksan liittotasavalta ei ole nimenomaisesti moittinut kanteen laajentamisen sääntöjenvastaisuutta, ei kuitenkaan ole merkityksellistä. Koska oikeudenkäynnin kohteen laajentamista koskeva kielto muodostaa EY:n perustamissopimuksella tavoitellun olennaisen takeen, jonka huomioon ottaminen on olennainen menettelymääräys jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisen toteamista koskevassa menettelyssä,[6] unionin tuomioistuin voi todeta tämän viran puolesta myös ilman Saksan liittotasavallan esittämää väitettä.[7]

1. Pelastuspalvelut yhdistelmäpalveluina julkisia hankintoja koskevien direktiivien mukaisessa järjestelmässä

34. Sekä direktiivissä 92/50 että direktiivissä 2004/18 erotetaan toisistaan niin sanotut ensisijaiset ja toissijaiset palvelut. Ensisijaiset palvelut luetellaan direktiivin 92/50 liitteessä I A sekä samansisältöisessä direktiivin 2004/18 liitteessä II A ja käsittävät muun muassa maaliikenteen palvelut. Toissijaiset palvelut luetellaan direktiivin 92/50 liitteessä I B sekä samansisältöisessä direktiivin 2004/18 liitteessä II B ja käsittävät muun muassa terveydenhoitopalvelut. Julkisia hankintoja koskevien säännösten kannalta tärkein ero liitteiden I A ja II A ensisijaisten palvelujen ja liitteiden I B ja II B toissijaisten palvelujen välillä on se, että kyseistä julkisia hankintoja koskevaa direktiiviä sovelletaan täysimääräisesti ainoastaan ensisijaisiin palveluihin.[8] Toissijaisten palvelujen osalta on

5 – Ks. asia C-437/04, komissio v. Belgia, tuomio 22.3.2007 (Kok., s. I-2513, 39 ja 40 kohta) ja edellä alaviitteessä 4 mainittu asia komissio v. Alankomaat, tuomion 18 ja 19 kohta.

6 – Ks. asia C-441/02, komissio v. Saksa, tuomio 27.4.2006 (Kok., s. I-3449, 59 kohta).

7 – Näin on vielä suuremmalla syyllä unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 92 artiklan 1 kohdan perusteella. Saman toteavat myös Karpenstein ja Karpenstein teoksessa Grabitz ja Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, EY 226 artikla, 82 kohta [39. täydennyspainos, heinäkuu 2009].

8 – Direktiivin 92/50 8 artikla ja direktiivin 2004/18 20 artikla.

sen sijaan säädetty ainoastaan, että teknisiä eritelmiä koskevia on sovellettava ja että hankintaviranomaisten on ilmoitettava komissiolle sopimusten tekemisestä.[9]

35. Nyt käsiteltävässä asiassa on kiistatonta, että kyseessä olevat pelastuspalvelut on luokiteltava yhdistelmäpalveluiksi, joihin sisältyy sekä ensisijaisten että toissijaisten palvelujen osatekijöitä. Tämä luokitus käy suoraan ilmi asiassa Tögel annetusta tuomiosta,[10] jossa loukkaantuneiden ja sairaiden henkilöiden kuljetusten, joissa saattajana on sairaanhoitaja, katsottiin olevan direktiivin 92/50 10 artiklassa tarkoitettuja yhdistelmäpalveluja.[11] Tällöin henkilöiden kuljetusta on pidettävä ensisijaisena ja kuljetuksen aikana annettavaa sairaanhoitoa toissijaisena palveluna.

36. Ensisijaisia ja toissijaisia palveluja koskeviin yhdistelmäsopimuksiin sovelletaan direktiivin 92/50 10 artiklan ja direktiivin 2004/18 22 artiklan mukaisesti kyseistä julkisia hankintoja koskevaa direktiiviä täysimääräisesti, jos ensisijaisten palvelujen arvo on suurempi kuin toissijaisten palvelujen arvo. Päinvastaisessa tilanteessa yhdistelmäsopimuksia on käsiteltävä toissijaisia palveluja koskevina sopimuksina.

2. Vaatimusten uudelleen muotoileminen kannekirjelmässä

37. Perustellussa lausunnossa komissio otti nimenomaisesti huomioon ensiksi tarkasteltavien pelastuspalvelujen yhdistelmäluonteen sekä niiden oikeudellisessa arvioinnissa että yksittäisten väitteiden muotoilussa.

38. Komissio katsoi perustellussa lausunnossa erityisesti, että tarkasteltavissa pelastuspalveluissa vallitsevia ovat direktiivin 92/50 liitteessä I A ja direktiivin 2004/18 liitteessä II A tarkoitetut kuljetuspalvelut, joten Saksan liittotasavalta on sen mukaan nämä sopimukset tehdessään rikkonut direktiivin 92/50 10 artiklaa luettuna yhdessä III–IV osaston kanssa ja 1.2.2006 lähtien direktiivin 2004/18 22 artiklaa luettuna yhdessä 23–55 artiklan kanssa. Siinä tapauksessa, että joissakin esitetyistä tapauksista vallitsevia ovat direktiivin 92/50 liitteessä I B ja

9 – Direktiivin 92/50 9 artikla ja direktiivin 2004/18 21 artikla.

10 – Asia C-76/97, Tögel, tuomio 24.9.1998 (Kok., s. I-5357, 40 kohta).

11 – Henkilöiden kuljetus kuuluu nimikkeeseen ”maaliikenteen palvelut” direktiivin 92/50 liitteen I A pääluokan 2 mukaisesti ja nimikkeeseen ”maakuljetuspalvelut” direktiivin 2004/18 liitteen II A ryhmän 2 mukaisesti. Sairaanhoito kuuluu nimikkeeseen ”terveydenhoitopalvelut” direktiivin 92/50 liitteen I B pääluokan 25 ja direktiivin 2004/18 liitteen II B ryhmän 25 mukaisesti.

direktiivin 2004/18 liitteessä II B tarkoitetut sairaanhoitopalvelut, komissio toissijaisesti katsoo Saksan liittotasavallan rikkoneen direktiivin 92/50 10 artiklaa luettuna yhdessä 16 artiklan kanssa ja 1.2.2006 lähtien direktiivin 2004/18 22 artiklaa luettuna yhdessä 35 artiklan 4 kohdan kanssa ja joka tapauksessa loukanneen EY 43 ja EY 49 artiklan mukaisia sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia periaatteita sekä näihin periaatteisiin sisältyvää syrjintäkiellon periaatetta.

39. Kanteessaan komissio jätti tietoisesti vastaamatta kysymykseen, onko tarkasteltavien pelastuspalvelujen painopiste henkilöiden kuljetuksessa vaiko sairaanhoidossa. Komission mukaan tämä kysymys voidaan jättää taka-alalle, koska kanteen kohteena olevissa hankintamenettelyissä on sen mukaan joka tapauksessa laiminlyöty direktiivin 92/50 16 artiklan ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohdan mukainen velvollisuus ilmoittaa tehdyistä sopimuksista ja loukattu sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskeviin periaatteisiin sisältyvää syrjintäkiellon periaatetta.

40. Muotoillessaan kanteen vaatimukset näin uudelleen komissio on muuttanut kanteen kohdetta sääntöjenvastaisesti.

41. Perustellussa lausunnossaan komissio katsoi, että pelastuspalveluja koskevien sopimusten tekeminen oli vastoin primaarioikeudellista syrjintäkiellon periaatetta ja primaarioikeudellista avoimuusperiaatetta ainoastaan niissä tapauksissa, joissa painopiste oli sairaanhoitopalveluissa, mutta kanteessaan se tästä poiketen esittää, että syrjintäkiellon periaate ja avoimuusperiaate on aina otettava huomioon tehtäessä sopimuksia nyt esillä olevista pelastuspalveluista. Tämä kuitenkin edellyttää välttämättä, että syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta voidaan suoraan loukata myös tehtäessä sopimuksia pelastuspalveluista, joiden painopiste on kuljetuspalveluissa, mitä perustellussa lausunnossa ei moitittu suoraan eikä epäsuorasti.

42. Oikeudenkäynnin kohdetta on siis laajennettu siten, että nyt syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen, väitetään loukatun myös tehtäessä sopimuksia yhdistelmäpelastuspalveluista, joiden painopiste on kuljetuspalveluissa. Nyt käsiteltävä kanne on tältä osin jätettävä tutkimatta.

43. Tätä vastaan ei voida väittää, että julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä säädetyt tarjouskilpailu- ja ilmoitusvelvollisuudet

ovat viime kädessä johdetun oikeuden tapa muotoilla primaarioikeudellinen syrjintäkiellon periaate ja primaarioikeudellinen avoimuusperiaate ja että komissio ei näin ollen ole nyt primaarioikeuteen perustuvissa vaatimuksissaan mennyt perustellussa lausunnossa esitettyjä väitteitä pidemmälle. Ratkaisevaa on nimittäin se, että komissio moittii kanteessaan primaarioikeuden rikkomista ensisijaisten yhdistelmäpalvelujen osalta, vaikka se perustellussa lausunnossa vielä katsoi, että nämä palvelut kuuluvat täysimääräisesti julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, ja näin ollen vetosi vain näiden direktiivien rikkomiseen. Näin ollen Saksan liittotasavalta ei ole oikeudenkäyntiä edeltävässä menettelyssä voinut tarkastella sitä, voidaanko sellaisten pelastuspalvelujen suorittamista koskevien sopimusten tekemistä, joiden painopiste on henkilöiden kuljetuksessa ja jotka sen vuoksi kuuluvat täysimääräisesti julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, ylipäänsä arvioida syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen primaarioikeudellisen kriteerin perusteella.[12]

44. Jos tarkastelemani kanneperusteen muutos otetaan tutkittavaksi, tämä johtaa Saksan liittotasavallan puolustautumisoikeuksien loukkaamiseen, jota ei voida hyväksyä, koska tällöin siltä viedään mahdollisuus ottaa jo oikeudenkäyntiä edeltäneen menettelyn aikana kantaa siihen, missä määrin komissio saattoi ensisijaisista yhdistelmäpalveluista tehtyjä sopimuksia koskevissa kanteensa vaatimuksissa nojautua suoraan primaarioikeuteen.

45. Tässä yhteydessä on myös syytä todeta, että komissio näyttää kanteessaan paikoitellen väittävän direktiivin 2004/18 2 artiklaa rikotun ja tavoittelevan Saksan liittotasavallan rankaisemista sen mukaisesti.[13] Mikäli kanteen vaatimuksia on tarkoitus tulkita tällä tavoin, myös tämä kanteen vaatimus on jätettävä tutkimatta, koska perustellussa lausunnossa ei nimenomaisesti väitetty direktiivin 2004/18 2 artiklaa rikotun.

12 – Tässä yhteydessä tulee esiin erityisesti kysymys siitä, sopiiko tarkasteltavien sopimusten tekemisen tutkiminen primaarioikeudellisen syrjintäkiellon periaatteen ja primaarioikeudellisen avoimuusperiaatteen perusteella yhteen sekundaarioikeuden soveltamisen ensisijaisuuden kanssa sekä EY 226 artiklan mukaisen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn tarkoituksen kanssa. Ks. tästä tämän ratkaisuehdotuksen 95 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

13 – Komissio mainitsee 15.4.2008 päivätyssä kannekirjelmässään otsikon ”Direktiivin 92/50/ETY 16 artiklan ja direktiivin 2004/18/EY 35 artiklan 4 kohdan rikkominen” alla 39 kohdassa, että esillä olevassa asiassa joka tapauksessa sovelletaan direktiivin 92/50 14 ja 16 artiklaa sekä direktiivin 2004/18 23 ja 35 artiklaa. Se esittää 40 kohdassa, että direktiivin 92/50 16 artiklaa ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohtaa on rikottu. Kannekirjelmän 41 kohdassa komissio katsoo, että esillä olevassa asiassa sovelletaan myös direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohtaa ja direktiivin 2004/18 2 artiklaa, muttei kuitenkaan väitä niitä rikotun eikä totea muutakaan näistä kahdesta artiklasta. Kanteen vaatimusten tiivistelmässä (72 kohta) komissio kuitenkin esittää, että direktiivin 92/50 10 artiklaa luettuna yhdessä 16 artiklan kanssa sekä direktiivin 2004/18 2 ja 22 artiklaa luettuna yhdessä 35 artiklan 4 kohdan kanssa on rikottu.

3. Päätelmä

46. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella päättelen, että nyt käsiteltävä jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva kanne on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin siinä väitetään, että syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen, on loukattu myös tehtäessä sopimuksia pelastuspalveluista, joissa painopiste on kuljetuspalveluissa.

47. Mikäli unionin tuomioistuin päättelee, että komissio vaatii kanteessaan myös direktiivin 2004/18 2 artiklan rikkomisen toteamista, tämä kanteen vaatimus on myös jätettävä tutkimatta.

B *Perusteltavuus*

48. Saksan liittotasavalta torjuu komission nostaman jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan kanteen käyttäen kolmea perustetta. Ensinnäkin Saksan hallitus vetoaa EY 45 artiklan mukaiseen alakohtaiseen poikkeukseen ja toissijaisesti EY 86 artiklan 2 kohdan mukaiseen oikeuttamisperusteeseen. Toiseksi Saksan hallitus torjuu osan väitteistä, jotka komissio on esittänyt tosiseikoista. Kolmanneksi Saksan hallitus vastustaa komission vaatimusta, jonka mukaan olisi todettava julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisen käytännön olemassaolo.

49. Tätä taustaa vasten tarkastelen jäljempänä aluksi pelastuspalveluja koskevien sopimusten tekemiseen liittyvää problematiikkaa EY 45 artiklan 1 kohdan valossa luettuna yhdessä EY 55 artiklan kanssa sekä tämän jälkeen EY 86 artiklan 2 kohdan valossa. Sitten tarkastelen kutakin yhdeksää komission moittimaa hankintamenettelyä. Lopuksi pohdin sitä, onko tämän tarkastelun tulosten nojalla perusteltua todeta, että kyseessä on julkisia hankintoja koskevien säännösten vastainen käytäntö.

1. EY 45 artiklan 1 kohdan mukaisen alakohtaisen poikkeuksen soveltumattomuus

50. EY 45 artiklan 1 kohdan mukaan luettuna yhdessä EY 55 artiklan kanssa sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia primaarioikeuden määräyksiä ei sovelleta toimintaan, joka jatkuvasti

tai tilapäisesti liittyy julkisen vallan käyttöön kyseisessä jäsenvaltiossa. Jos toiminta jäsenvaltiossa liittyy julkisen vallan käyttöön, siihen ei näin ollen sovelleta sijoittautumisvapautta eikä palvelujen tarjoamisen vapautta.

51. Saman on katsottava pätevän johdetun oikeuden säädöksiin, jotka on annettu sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien lukujen täytäntöön panemiseksi. Mikäli tällaisilla johdetun oikeuden säädöksillä säännellään myös toimintaa, joka liittyy julkisen vallan käyttöön, on todettava tulkitsemalla johdetun oikeuden säädöstä perustamissopimuksen mukaisesti, että tähän toimintaan ei kyseisissä jäsenvaltioissa sovelleta mainittua säädöstä.[14]

52. Mikäli kiireelliset ja kiireettömät sairaankuljetuspalvelut, jotka ovat esillä olevien sopimusten kohteena, liittyvät julkisen vallan käyttöön EY 45 artiklan 1 kohdan mukaisella tavalla, komission väite sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien periaatteiden loukkaamisesta on hylättävä perusteettomana. Koska lisäksi sekä direktiivi 92/50 että direktiivi 2004/18 on annettu EY 47 artiklan 2 kohdan ja EY 55 artiklan perusteella ja käyttämällä sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien lukujen primaarioikeudellisia toimivaltamääräyksiä, olisi tällöin hylättävä perusteettomana myös näiden julkisia hankintoja koskevien direktiivien rikkomista koskeva kanneperuste.

53. Mielestäni on kuitenkin kyseenalaista, voidaanko kiireellisten ja kiireettömien sairaankuljetuspalvelujen suorittamista pitää EY 45 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna toimintana, joka jatkuvasti tai tilapäisesti liittyy julkisen vallan käyttöön.

54. Ensinnäkin on syytä muistaa, että EY 45 artiklan 1 kohdan mukaisen käsitteen ”julkisen vallan käyttö” tulkinta kuuluu yhteisön oikeuden soveltamisalaan. Yhteisön oikeusjärjestyksessä ei nimittäin pääsääntöisesti määritellä sen käsitteitä yhden tai useamman kansallisen oikeusjärjestyksen innoittamana ilman nimenomaista mainintaa.[15]

14 – Ks. asia C-306/89, komissio v. Kreikka, julkisasiamies Lenzin ratkaisuehdotus 19.9.1991 (Kok., s. I-5863, 28 kohta). Ks. myös Randelzhofer ja Forsthoff, teoksessa Grabitz ja Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, EY 45 artikla, 14 kohta (39. täydennyspainos, heinäkuu 2009).

15 – Ks. asia C-314/06, Société Pipeline Méditerranée et Rhône, tuomio 18.12.2007 (Kok., s. I-12273, 21 kohta); asia C-103/01, komissio v. Saksa, tuomio 22.5.2003 (Kok., s. I-5369, 33 kohta) ja asia C-296/95, EMU Tabac ym., tuomio 2.4.1998 (Kok., s. I-1605, 30 kohta).

55. Kysymykseen, liittyykö toiminta julkisen vallan käyttöön EY 45 artiklan 1 kohdan mukaisella tavalla, on näin ollen vastattava kyseisessä määräyksessä esitetyn yhteisön oikeuden mukaisen julkisen vallan määritelmän perusteella.

56. Edellytyksenä oletetulle EY 45 artiklassa tarkoitetulle julkisen vallan käytölle – tai siihen osallistumiselle – on mahdollisuus käyttää oikeusjärjestykseen perustuvia erityisiä oikeuksia, julkisen vallan etuoikeuksia ja pakkoa kansalaisiin nähden.[16]

57. Kun otetaan huomioon perusvapauksien perustavanlaatuinen merkitys sisämarkkinoiden kannalta, EY 45 artiklan 1 kohtaa – mahdollisesti luettuna yhdessä EY 55 artiklan kanssa – on tulkittava suppeasti poikkeuksena sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevista periaatteista.[17] Näin ollen EY 45 artiklan 1 kohdan mukaista poikkeusta ei voida soveltaa kaikkeen toimintaan, jossa on mahdollisuus käyttää erityisiä oikeuksia, julkisen vallan etuoikeuksia ja pakkotoimia kansalaisiin nähden. Edellytyksenä pikemminkin on, että tämä osallistuminen julkisen vallan käyttöön on riittävän intensiivistä ja välitöntä.

58. EY 45 artiklassa tarkoitettu ”julkisen vallan käyttöä” koskeva vaatimus edellyttää siten, erityisten oikeuksien, julkisen vallan etuoikeuksien ja pakon riittävän kvalifioitua käyttöä. Julkisen vallan tehtäviin osallistumisen laadullinen arviointi on oikeuskäytännössä tiivistetty vaatimukseen, jonka mukaan EY 45 artiklan 1 kohdan soveltaminen – mahdollisesti luettuna yhdessä EY 55 artiklan kanssa – edellyttää ”välitöntä” ja ”nimenomaista” osallistumista julkisen vallan käyttöön.[18]

59. Kun asiassa komissio vastaan Espanja 29.10.1998 annetussa tuomiossa[19] tarkasteltiin, liittyykö yksityisten turva-alan yritysten toiminta Espanjassa julkisen vallan käyttöön, siinä tähdennettiin, että vaikka näiden yksityisten turva-palveluja suorittavien henkilöiden on tietyissä tilanteissa autettava turvallisuudesta vastaavia viranomaisia, ne suorittavat tällöin ainoastaan avustavia tehtäviä. Tämän vuoksi tuomioistuin ei katsonut

16 – Asia 2/74, Reyners, julkisasiamies Mayrasin ratkaisuehdotus 28.5.1974 (Kok., s. 665, Kok. Ep. s. 311).

17 – Tämä suppea tulkintatapa on vahvistettu vakiintuneessa oikeuskäytännössä, jonka mukaan arvioitaessa EY 45 artiklassa määrättyjä poikkeuksia sijoittautumisvapauden periaatteesta on otettava huomioon se, että tässä artiklassa kyseisestä vapaudesta sallituille poikkeuksille on asetettu yhteisön oikeudessa rajat. Ks. asia C-438/08, komissio v. Portugali, tuomio 22.10.2009 (Kok., s. I-10219, 35 kohta).

18 – Ks. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia komissio v. Portugali, tuomion 36 kohta; asia C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, tuomio 30.3.2006 (Kok., s. I-2941, 46 kohta) ja asia C-42/92, Thijssen, tuomio 13.7.1993 (Kok., s. I-4047, 22 kohta).

19 – Asia C-114/97 (Kok., s. I-6717, 38 ja 39 kohta).

yksityisten turva-alan yritysten osallistuvan julkisen vallan käyttöön ”välittömästi ja nimenomaisesti”. Julkisasiamies Alber oli ehdottanut tällaista ratkaisua kyseisestä asiasta antamassaan ratkaisuehdotuksessa todeten, että ero pääasiallisen ja avustavan roolin välillä ei ole määrällinen vaan laadullinen ja että turvallisuudesta vastaavien viranomaisten toimivallan ja yksityisten turva-alan toimintoja suorittavien tahojen toimivallan välillä on aste-ero.[20]

60. Yhtä tiukan kannan tuomioistuin otti viimeksi asiassa komissio vastaan Portugali 22.10.2009 antamassaan tuomiossa,[21] jossa se katsoi, että kyseessä oleva yksityisten elinten toiminta ajoneuvojen katsastuksen alalla ei kuulu EY 45 artiklan mukaisen poikkeuksen soveltamisalaan, vaikka nämä elimet antoivat todistuksia suorittamistaan katsastuksista ja siltä osin käyttivät myös julkista valtaa. Tämän julkisen vallan käytön ei kuitenkaan katsottu täyttävän laadullista kriteeriä, jonka mukaan osallistumisen EY 45 artiklassa tarkoitettuun julkisen vallan käyttöön on oltava ”välitöntä ja nimenomaista”. Lisäksi tuomioistuin ensinnäkin totesi, että antaessaan todistuksia katsastuslaitokset ainoastaan tekevät suorittamiinsa katsastuksiin perustuvia johtopäätöksiä säädösten mukaisesti, mihin ei sisälly tosiasiallista itsenäistä päätöksentekoa. Lisäksi katsastustodistuksen antamista tai sen epäämistä koskevat päätökset tuomioistuimen mukaan tehdään valtiovallan suorassa valvonnassa.[22]

61. Aiemmin tuomioistuin oli jo todennut EY 45 artiklan mukaisen alakohtaisen poikkeuksen sovellettavuuden tutkimisesta vakuutusyhtiöiden ja yksityisten eläkelaitosten tilintarkastajien osalta, että pelkästään avustavien ja valmistelevien tehtävien suorittamista laitokselle, joka tosiasiallisesti käyttää julkista valtaa tehdessään lopullisen päätöksen, ei voida pitää osallistumisena julkisen vallan käyttöön mainitussa poikkeusmääräyksessä tarkoitetulla tavalla.[23]

62. Tiivistetysti voidaan todeta, että nyt vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 45 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulle ”julkisen vallan käytölle” on asetettava suuret laatuvaatimukset, joihin EY 45 artiklaan vetoaminen

20 – Asia C-114/97, komissio v. Espanja, julkisasiamies Alberin ratkaisuehdotus 7.5.1998 (Kok., s. 6717, 27 ja 28 kohta). Toteamus, jonka mukaan vartiointi- tai turva-alan yritysten toimintaan ei tavallisesti liity välitöntä ja nimenomaista osallistumista julkisen vallan käyttöön, vahvistettiin asiassa C-465/05, komissio v. Italia, 13.12.2007 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-11091, 31 kohta ja sitä seuraavat kohdat), asiassa C-283/99, komissio v. Italia, 31.5.2001 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-4363, 20 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja asiassa C-355/98, komissio v. Belgia, 9.3.2000 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-1221, 25 ja 26 kohta).

21 – Mainittu edellä alaviitteessä 17.

22 – Samanlainen päätelmä tehtiin jo asiassa C-404/05, komissio v. Saksa, 29.11.2007 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-10239, 39 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja asiassa C-393/05, komissio v. Itävalta, 29.11.2007 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-10195, 37 kohta ja sitä seuraavat kohdat), joissa tarkasteltiin luonnonmukaisesta maataloudesta peräisin olevien tuotteiden yksityisten tarkastuslaitosten toimintaa.

23 – Edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Thijssen, tuomion 17 kohta ja sitä seuraavat kohdat. Ks. myös edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (tuomion 44 kohta ja sitä seuraavat kohdat), joka koskee tiettyjä veroneuvontakeskusten tarjoamia vero-oikeudellisia neuvonta- ja avustuspalveluja Italiassa.

on tähän mennessä lähes poikkeuksetta kariutunut.[24]

63. Myös nyt käsiteltävässä asiassa vaikuttaa siltä, että kiireellisten ja kiireettömien sairaankuljetuspalvelujen suorittajat osallistuvat jossain määrin julkisen vallan käyttöön, mutta osallistuminen ei kuitenkaan täytä EY 45 artiklan soveltamisen laadullisia edellytyksiä.

64. Saksan liittotasavalta perustelee näkemystään osallistumisesta julkisen vallan käyttöön ensinnäkin sillä, että kyseessä olevia sopimuksia on Saksan oikeuden mukaan pidettävä julkisoikeudellisina sopimuksina. Toiseksi Saksan liittotasavalta tähdentää tielainsäädäntöön ja tieliikennelainsäädäntöön perustuvia pelastuspalvelujen erityisiä oikeuksia, joihin kuuluu erityisesti oikeus antaa muille tienkäyttäjille sinistä valoa ja äänitorvea käyttäen määräyksiä, joita näiden on noudatettava ja joiden noudattamatta jättämisestä voidaan tuomita maksamaan sakkoa. Kolmanneksi Saksan liittotasavalta esittää, että pelastuspalvelut osallistuvat usein pelastustoimen organisaatioon sekä julkisen vallan käyttöön kuuluvien tehtävien suorittamiseen palontorjunnan ja väestönsuojelun aloilla ja tukevat myös poliisitoimen toteuttamia turvatoimia asettamalla käyttöön pelastuskalustoa turvallisuusviranomaisten toimialueella. Neljänneksi Saksan liittotasavalta korostaa sitä, että useiden osavaltioiden lainsäädännössä on säädetty pelastuspalvelu-henkilöstön nimittämisestä hallintotoimista vastaaviksi viranomaisiksi.

65. En pidä näitä perusteluja vakuuttavina.

66. Saksan liittotasavallan ensimmäisessä perustelussa ei oteta huomioon periaatetta, jonka mukaan yhteisön oikeusjärjestyksessä ei pääsääntöisesti määritellä sen käsitteitä yhden tai useamman kansallisen oikeusjärjestyksen innoittamana.[25] Se, että Saksan liittotasavallan mielestä kyseessä olevia pelastuspalveluja on Saksan oikeuden mukaan pidettävä julkisoikeudellisesti organisoituina, ei ole merkityksellistä vastattaessa kysymykseen, kuuluvatko nämä pelastuspalvelut EY 45 artiklan soveltamisalaan.

67. Vaikka Saksan liittotasavalta edellä esitetyn jälkeen pitääkin osuvasti lähtökohtana sitä, että sinisen valon ja äänitorven käyttö

24 – Jo mainittujen tuomioiden lisäksi ks. asia C-281/06, Jundt, tuomio 18.12.2007 (Kok., s. I-12231, 35 kohta ja sitä seuraavat kohdat), joka koskee opetustoiminnan harjoittamista yliopiston toimeksiannosta.

25 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 54 kohta.

pelastuspalveluissa on nähtävä erityisen oikeuden käyttönä, tämän erityisen oikeuden konkreettinen muoto ei mielestäni ole niin intensiivinen kuin EY 45 artiklan soveltamisalaan kuuluminen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan edellyttää. Mainitut erityiset oikeudet nimittäin rajoittuvat siihen, että ensinnäkin pelastustoimen ajoneuvot kalustetaan tietyllä tavalla ja varustetaan sinisellä valolla ja äänitorvella ja toiseksi näillä ajoneuvoilla on tietyin edellytyksin tieliikenteessä ensisijainen asema muihin tienkäyttäjiin nähden siten, että muut tienkäyttäjät voidaan tuomita sakkorangaistukseen näiden erityisten oikeuksien noudattamatta jättämisen perusteella. Mielestäni nämä suhteellisen heikosti erottuvat erityiset oikeudet eivät täytä edellä tarkastelemiani, EY 45 artiklassa tarkoitetulle julkisen vallan käytölle asetettuja suuria laatuvaatimuksia.

68. Tässä yhteydessä en pidä vakuuttavana myöskään Saksan hallituksen väitettä pelastuspalvelujen osallistumisesta pelastustoimen organisaatioon, palontorjuntaan ja väestönsuojeluun sekä pelastuskaluston asettamisesta käyttöön turvallisuusviranomaisten ja palokunnan avuksi. Tältä osin on syytä todeta ensinnäkin, että pelastuskaluston asettamista käyttöön turvallisuusviranomaisten avuksi on yleensä pidettävä yksinomaan avustavana ja valmistelevana toimintana, joka edellä mainitun oikeuskäytännön mukaan ei voi olla välitöntä osallistumista julkisen vallan käyttöön. Siinäkin tapauksessa, että Saksan liittotasavallan antamat esimerkit pelastuspalvelujen osallistumisesta pelastustoimen organisaatioon, palontorjuntaan ja väestönsuojeluun[26] menevät yksinomaan avustavaa ja valmistelevaa toimintaa pidemmälle, myöskään tämä toiminta ei täytä edellä tarkastelemiani, EY 45 artiklassa tarkoitetulle julkisen vallan käytölle asetettuja suuria laatuvaatimuksia.

69. Perustelu, jonka mukaan useiden osavaltioiden lainsäädännössä on säädetty pelastuspalveluhenkilöstön nimittämisestä hallintotoimista vastaaviksi viranomaisiksi, kariutuu jo siihen, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 45 ja EY 55 artiklassa sallitun poikkeuksen laajentamista koskemaan kokonaista ammattikuntaa ei voida hyväksyä, jos toiminta, joka mahdollisesti liittyy julkisen vallan käyttöön, on erotettavissa oleva osa kyseessä olevan ammatin harjoittamista.[27]

70. Edellä esitetyn perusteella päättelen, että kyseessä olevaan pelastuspalvelujen

26 – Esimerkkeinä pelastuspalvelujen tarjoajien suorittamista julkisista tehtävistä Saksan liittotasavalta mainitsee evakuointi-, turva- ja sulkutoimenpiteet hätätilanteessa ja yleensä ottaen pelastuspalvelujen tarjoajien osallistumisen pelastustoimen suunnitteluun, organisointiin ja hallinnointiin, minkä yhteydessä niillä esimerkiksi on oikeus asettaa kolmansille osapuolille tiedonanto- ja ilmoitusvelvollisuuksia tai päättää muiden asiantuntijapalvelujen käyttämisestä.

27 – Vrt. edellä alaviitteessä 22 mainitut asiat komissio v. Saksa, tuomion 47 kohta ja komissio v. Itävalta, tuomion 45 kohta.

suorittamiseen sinänsä ei sisälly välitöntä ja nimenomaista osallistumista julkisen vallan käyttöön. Näin ollen EY 45 artiklan mukaista alakohtaista poikkeusta ei voida soveltaa nyt käsiteltävässä asiassa.

2. EY 86 artiklan 2 kohdan mukaisen oikeuttamisperusteen puuttuminen

71. Saksan liittotasavalta viittaa asiassa Ambulanz Glöckner annettuun tuomioon[28] todetessaan, että pelastuspalvelut on luokiteltava EY 86 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuiksi yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviksi palveluiksi siten, että kyseiseen määräykseen sisältyvää oikeuttamisperustetta voidaan soveltaa rajoituksetta sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen.

72. En pidä tätä perustelua vakuuttavana.

73. Saksan liittotasavallan näkemykseen on syytä yhtyä siltä osin kuin se esittää, että yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa komissio vastaan Alankomaat 23.10.1997 antamassaan tuomiossa[29] ja asiassa Corsica Ferries France 18.6.1998 antamassaan tuomiossa[30] EY 86 artiklan 2 kohdan mukaista oikeuttamisperustetta sovellettavan myös sellaisiin valtion toimenpiteisiin, jotka ovat ristiriidassa tavaroiden vapaata liikkuvuutta tai palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien EY:n perustamissopimuksen määräysten kanssa, ja siten vahvisti, että EY 86 artiklan 2 kohtaa voidaan käyttää perusteluna yhdessä perusvapauksien kanssa luetun EY 86 artiklan 1 kohdan rikkomisille.[31]

74. Ottaen huomioon oikeuskäytännön myöhempi kehitys on aluksi tarkasteltava sitä, voidaanko asiassa komissio vastaan Alankomaat ja asiassa Corsica Ferries France annettujen tuomioiden katsoa edelleen pätevän tältä osin rajoituksetta. Viimeaikaisen oikeuskäytännön mukaan se, että toiminta konkreettinen muotonsa huomioon ottaen on kilpailusääntöjen soveltamisalan ulkopuolella, ei välttämättä merkitse, että se on myös vapaata liikkuvuutta koskevien oikeussääntöjen soveltamisalan ulkopuolella.[32]

75. Tätä taustaa vasten on kysyttävä, onko syytä tarkastella asiassa komissio vastaan

28 – Asia C-475/99, Ambulanz Glöckner, tuomio 25.10.2001 (Kok., s. I-8089).

29 – Asia C-157/94 (Kok., s. I-5699, 27 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

30 – Asia C-266/96 (Kok., s. I-3949, 59 kohta).

31 – Näin toteavat myös Mestmäcker ja Schweitzer, teoksessa Immenga ja Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. painos, München, 2007, EY 86 artiklan 2 kohta, 42 kohta; Pernice ja Wernicke edellä alaviitteessä 14 mainitussa Grabitzin ja Hilfin teoksessa, EY 86 artikla, 53 kohta.

32 – Asia C-438/05, International Transport Workers' Federation ja Finnish Seamen's Union v. Viking Line, tuomio 11.12.2007 (Kok., s. I-10779, 53 kohta). Ks. myös asia C-519/04 P, Meca-Medina, tuomio 18.7.2006 (Kok., s. I-6991, 31–34 kohta).

Alankomaat ja asiassa Corsica Ferries France annetuista tuomioista lähtien noudatettua oikeuskäytäntöä EY 86 artiklan 2 kohdan sovellettavuudesta perusvapauksien alalla, varsinkin kun yhteisöjen tuomioistuin näyttää aiemmassa oikeuskäytännössä vielä sulkeneen pois sovellettavuuden mahdollisuuden.[33]

76. Nyt käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan ole tarpeen tarkastella tätä kysymystä enempää. Saksan liittotasavalta ei nimittäin kyennyt osoittamaan EY 86 artiklan 2 kohdan soveltamisen edellytysten sinänsä täyttyvän.

77. EY 86 artiklan 2 kohtaan vetoavan jäsenvaltion on näytettävä toteen, että tämän määräyksen mukaiset edellytykset täyttyvät.[34]

78. Tosiseikkojen osalta EY 86 artiklan 2 kohdassa edellytetään nyt käsiteltävässä asiassa sen toteen näyttämistä, että kyseiset pelastuspalvelut on luokiteltava yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviksi palveluiksi, että kanteen kohteena olevan sopimuskäytännön muuttaminen yhteisön oikeudessa tarkoitetulla tavalla estäisi tai vaarantaisi näiden palvelujen suorittamisen oikeudellisesti tai tosiasiallisesti ja että kanteen kohteena oleva käytäntö ei ole vaikuttanut kaupan kehitykseen tavalla, joka olisi ristiriidassa yhteisön etujen kanssa.

79. Lienee kiistatonta, että kiireelliset sairaankuljetuspalvelut on luokiteltava EY 86 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuiksi yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviksi palveluiksi,[35] mutta Saksan liittotasavalta ei ole nyt käsiteltävässä asiassa näyttänyt toteen, että kanteen kohteena oleva sopimuskäytäntö on ehdottoman välttämätön ja että tehtävän suorittamista eli kyseessä olevien pelastuspalvelujen suorittamista ei voida varmistaa muilla, yhteisön oikeuden kannalta suotavammilla keinoilla.

80. Tästä Saksan liittotasavalta toteaa ainoastaan, että yhä uusien pelastuspalvelujen tarjoajien saattaminen osaksi alueen pelastuspalvelujärjestelmää voi vaikeuttaa ristikkäistukien myöntämistä tai estää sen tiheästi rakennettujen alueiden välillä, joilla pelastuspalvelujen suorittaminen on varsin kannattavaa, huomattavasti vähemmän kannattavien, harvaan asuttujen alueiden hyväksi. Lisäksi

33 – Asia 72/83, Campus Oil ym., tuomio 10.7.1984 (Kok., s. 2727, Kok. Ep. VII, s. 615, 19 kohta).

34 – Ks. asia C-159/94, komissio v. Ranska, tuomio 23.10.1997 (Kok., s. I-5815, 101 kohta).

35 – Ks. edellä alaviitteessä 28 mainittu asia Ambulanz Glöckner, tuomion 55 kohta.

Saksan liittotasavalta katsoo, että Saksassa toimivien, järjestäytyneiden avustusorganisaatioiden nykyiseen sopimuskäytäntöön sisältyvä suoja on välttämätön, koska näillä organisaatioilla on velvollisuus antaa hätäapua. Tämän vuoksi Saksan liittotasavallan mukaan ainoastaan nämä organisaatiot takaavat sen, että hätätilanteissa voidaan turvautua suureen joukkoon lähistöllä olevia vapaaehtoisia auttajia; näillä auttajilla on oltava mahdollisuus kartuttaa käytännön kokemustaan pelastustehtävistä säännöllisesti.

81. Komissio esitti vastauksessaan ristikkäistukia koskevan vastaväitteen, jonka mukaan väite, että pelastuspalveluorganisaatiot tarvitsevat ristikkäistukia järjestääkseen palvelut vähemmän kannattaville alueille kannattavalla tavalla, ei ole mikään perustelu vastustaa yhteisön oikeuden mukaisesti järjestettäviä tarjouskilpailuja pelastuspalveluista. Alueiden väliset kannattavuuserot voidaan komission mukaan huomioida perimällä suurempaa rahallista vastiketta vähemmän kannattavilla alueilla. Toisena mahdollisuutena on yhdistetty sopimusten tekeminen kiireellisistä ja kiireettömistä sairaankuljetuspalveluista maantieteellisesti määritellyillä seuduilla, joihin kuuluu enemmän ja vähemmän kannattavia alueita.

82. Saksan liittotasavalta ei vastauksessaan väittänyt, että komission esittämät julkisia hankintoja koskevat vaihtoehdot eivät tosiasialliset ja oikeudelliset olosuhteet huomioon ottaen vaikeuttaisi tai suorastaan tekisi mahdottomaksi tehtävän suorittamista eli kiireellisten sairaankuljetuspalvelujen suorittamista. Tätä taustaa vasten väite kanteen kohteena olevan sopimuskäytännön välttämättömyydestä siitä seuraavien ristikkäistukien vuoksi on hylättävä, koska sille ei ole esitetty riittävän yksityiskohtaisia perusteluja.

83. Sama pätee väitteeseen lähistöllä olevien vapaaehtoisten auttajien suuresta joukosta. Komissio viittasi tältä osin julkisia hankintoja koskevien säännösten mukaiseen vaihtoehtoon eli mahdollisuuteen järjestää tarjouskilpailu, jossa otetaan huomioon paikallinen saatavuus yhtenä valintaperusteena. Saksan liittotasavalta ei ole vastauksessaan esittänyt yksityiskohtaista vastaväitettä tätäkään mahdollisuutta vastaan.

84. Edellä esitetyn perusteella päättelen, että Saksan liittotasavalta ei ole täyttänyt velvollisuuttaan osoittaa, että kanteen kohteena oleva pelastuspalveluja koskeva sopimuskäytäntö täyttää EY 86 artiklan 2 kohdassa

määrätyt edellytykset. Siksi sen vetoaminen EY 86 artiklan 2 kohtaan on jo tästä syystä hylättävä perusteettomana.

3. Kanteen kohteena olevien yhdeksän hankintamenettelyn analyysi

85. Komissio moittii yhdeksää pelastuspalvelujen suorittamista koskevaa hankintamenettelyä neljässä Saksan osavaltiossa. Tällä perusteella se vaatii unionin tuomioistuinta toteamaan lainvastaisen sopimuskäytännön olemassaolon Saksan liittotasavallassa. Koska kysymyksessä voi olla lainvastainen sopimuskäytäntö vain, jos yksittäisten kanteen kohteena olevien hankintamenettelyjen suorittamisessa on tosiasiallisesti rikottu yhteisön oikeutta, tarkastelen ensiksi sitä, missä määrin yksittäisten hankintasopimusten tekemisessä voidaan todeta komission esittämien oikeussääntöjen ja periaatteiden loukkauksia.

a) Magdeburgin kaupungin tekemä hankintasopimus (Saksi-Anhaltin osavaltio)

86. Komission mukaan Magdeburgin kaupunki on hankintaviranomaisena toteuttanut lokakuusta 2005 lähtien niin sanotun ”lupamenettelyn” pelastuspalveluja koskevista rahallista vastiketta vastaan tehtävistä sopimuksista. Suorituksen aiheena on komission mukaan ajoneuvojen ja henkilöstön pitäminen saatavilla kiireellisiä ja kiireettömiä sairaankuljetuspalveluja varten vuosina 2007–2011, ja sopimuksen arvo on yli 7 miljoonaa euroa vuodessa. Komission mukaan Euroopan laajuista tarjouskilpailua ei järjestetty.

87. Saksan liittotasavalta ei esitä vastaväitteitä tästä tosiseikkojen kuvauksesta.

88. Komission mukaan Saksan liittotasavalta on tämän hankintasopimuksen tehdessään rikkonut direktiivin 92/50 16 artiklaa ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohtaa. Lisäksi komissio katsoo, että tämän sopimuksen tekeminen loukkaa syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka sisältyvät sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen.

i) Direktiivin 92/50 16 artiklan ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohdan rikkominen

89. Yhdyn komission näkemykseen siltä osin, että kanteen kohteena oleva Magdeburgin kaupungin hankintasopimus on joka tapauksessa

tehty vastoin direktiivin 92/50 16 artiklaa ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohtaa.

90. Komission kiistattoman esityksen mukaan Magdeburgin kaupunki on julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitettuna hankintaviranomaisena tehnyt palvelujen suorittajan kanssa pelastuspalvelujen suorittamisesta rahallista vastiketta vastaan kirjallisen sopimuksen, jonka arvioitu arvo ylittää direktiivin 92/50 ja direktiivin 2004/18 kynnysarvot. Vaikka ei olekaan todettu täsmällisesti, mihin ajankohtiin mitkäkin julkisia hankintoja koskevien säännösten kannalta merkitykselliset tapahtumat ajoittuivat – komission mukaan menettely suoritettiin lokakuusta 2005 lähtien – eikä näin ollen tiedetä varmasti, onko kanteen kohteena oleva sopimuksen tekeminen tutkittava kokonaan tai osittain direktiivin 92/50 perusteella vaiko sen sijaan kokonaan tai osittain direktiivin 2004/18 perusteella,[36] hankintamenettelyn kronologista etenemistä koskevien täsmällisten tietojen puuttuminen ei esillä olevassa asiassa voi johtaa toteamukseen, jonka mukaan julkisia hankintoja koskevia säännöksiä ei ole rikottu. Magdeburgin kaupungin olisi nimittäin sekä direktiivin 92/50 voimassa ollessa että direktiivin 2004/18 voimassa ollessa täytynyt noudattaa velvollisuutta ilmoittaa tehdyistä sopimuksista (direktiivin 92/50 16 artikla ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohta) riippumatta siitä, oliko pelastuspalvelujen painopiste arvon perusteella kuljetuspalveluissa vai sairaanhoitopalveluissa.

ii) Se, ettei primaarioikeudellisen syrjintäkiellon periaatteen tai primaarioikeudellisen avoimuusperiaatteen loukkaamista ole

– Perusteltavuuden tutkiminen sen oletuksen perusteella, että primaarioikeuden rikkomista koskeva kanneperuste on osittain jätettävä tutkimatta

91. Kuten tutkittavaksi ottamista tarkastellessani jo totesin, nyt käsiteltävä kanne on jätettävä tutkimatta sikäli kuin siinä pyydetään unionin tuomioistuinta toteamaan, että tehtäessä sellaisia pelastuspalvelujen suorittamista koskevia sopimuksia, joiden painopiste on henkilöiden kuljetuksessa, on loukattu syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen.[37]

92. Näin ollen näiden primaarioikeudellisten periaatteiden loukkaamista koskeva kanneperuste on tutkittava vain siltä osin kuin sen kohteena ovat sellaiset pelastuspalveluista

36 – Ratkaisevana pidetään oikeudellista tilannetta ajankohtana, jolloin kyseinen toimenpide on määrä toteuttaa tai jättää toteuttamatta. Ks. Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, 416 kohta. Ks. myös asia C-337/98, komissio v. Ranska, tuomio 5.10.2000 (Kok., s. I-8377, 38 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

37 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 30 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

tehdyt sopimukset, joiden painopiste on sairaanhoidossa.

93. Jotta kyseinen – tällä tavoin rajoitettu – kanneperuste voidaan katsoa perustelluksi, komission on ensinnäkin näytettävä toteen, että sen moittiman hankintamenettelyn kohteena olivat pelastuspalvelut, joiden painopiste on sairaanhoidossa. Komissio ei esillä olevassa asiassa kuitenkaan ole väittänyt tällaista, puhumattakaan väitteen toteen näyttämisestä. Pikemminkin komission mukaan voidaan jättää sikseen se, onko kyseisten palvelujen painopiste henkilöiden kuljetuksessa vai sairaanhoidossa.

94. Koska EY 226 artiklan mukaisessa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä komission on näytettävä toteen, että jäsenyysvelvoitteita ei ole noudatettu, ja esitettävä unionin tuomioistuimelle kaikki asian arvioinnin kannalta välttämättömät seikat[38] ja koska komissio ei ole edellä esitetyt toteamukset huomioon ottaen noudattanut todistusvelvollisuuttaan, kanneperuste, joka koskee sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvien syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen loukkaamista, on hylättävä perusteettomana siltä osin kuin se on otettava tutkittavaksi.

– Toissijaisesti: perusteltavuuden tutkiminen siinä tapauksessa, että primaarioikeuden rikkomista koskeva kanneperuste otetaan tutkittavaksi kokonaisuudessaan

95. Jos unionin tuomioistuin – vastoin tässä ratkaisuehdotuksessa esitettyä – ottaa kokonaisuudessaan tutkittavaksi sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvien syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen loukkaamista koskevan kanneperusteen, myös kyseisen kanneperusteen perusteltavuus on tutkittava kokonaisuudessaan.

96. Tässä hypoteesissa perusteltavuuden tutkimisen lähtökohtana on toteamus, jonka mukaan komissio jätti tietoisesti vastaamatta kysymykseen, onko esillä olevien pelastuspalvelujen painopiste henkilöiden kuljetuksessa vaiko sairaanhoidossa. Siten ei voida todeta, sovelletaanko näihin pelastuspalveluihin – direktiivissä 92/50 ja direktiivissä 2004/18

38 – Ks. asia C-246/08, komissio v. Suomi, tuomio 29.10.2009 (Kok., s. I-10605, 52 kohta), asia C-438/07, komissio v. Ruotsi, tuomio 6.10.2009 (Kok., s. I-9517, 49 kohta) ja asia C-507/03, komissio v. Irlanti, tuomio 13.11.2007 (Kok., s. I-9777, 33 kohta).

tarkoitettuina yhdistelmäpalveluina – julkisia hankintoja koskevia direktiivejä täysimääräisesti[39] ja olisiko niistä pitänyt järjestää tarjouskilpailu kyseisissä direktiiveissä säädettyjen hankintamenettelyjen mukaisesti. Komissio yritti kiertää tämän ongelman moittimalla kanteessaan sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvien syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen loukkaamista yleisesti.

Johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuuden periaate

97. Tämän prosessuaalista taktikointia koskevan komission päätöksen vuoksi nyt käsiteltävässä asiassa on kuitenkin esitettävä periaatekysymys siitä, voiko komissio todetessaan, että jäsenvaltion toiminta saattaa rikkoa sekä primaarioikeutta että myös täysimääräisesti direktiivejä 92/50 ja 2004/18, päättää EY 226 artiklan mukaisessa menettelyssä vapaasti, perustaako se nostamansa kanteen vaatimukset primaarioikeuteen vaiko julkisia hankintoja koskeviin direktiiveihin. Tarkastelen tätä kysymystä seuraavaksi käyttämällä johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuuden periaatetta ja ottamalla huomioon EY 226 artiklan mukaisen menettelyn tarkoituksen.

98. Tämän jälkeen käsittelen tiukkoja primaarioikeudellisia vaatimuksia, jotka viimeaikaisen oikeuskäytännön mukaan koskevat toissijaisista palveluista tehtäviin hankintasopimuksiin liittyvän rajat ylittävän intressin osoittamista, ja pohdin, millainen päätelmä tästä oikeuskäytännöstä voidaan tehdä nyt käsiteltävän asian arvioinnin kannalta.

99. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuuden periaate merkitsee, että kaikkia kansallisia toimenpiteitä alalla, joka on ollut yhteisön tasolla tyhjentävän yhdenmukaistamisen kohteena, on arvioitava suhteessa johdetun oikeuden säännöksiin eikä suhteessa EY:n perustamissopimuksen määräyksiin.[40]

100. Nyt käsiteltävässä asiassa komissio väittää primaarioikeuden tasolla, että sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvia syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta on loukattu.

39 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 34 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

40 – Ks. asia C-322/01, Deutscher Apothekerverband, tuomio 11.12.2003 (Kok., s. I-14887, 64 kohta).

101. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan julkisia hankintasopimuksia koskeva primaarioikeudellinen yhdenvertaisen kohtelun periaate tarkoittaa, että kaikilla tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa heidän kansalaisuudestaan riippumatta.[41] Yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteista seuraa avoimuutta koskeva velvollisuus, jonka sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankintasopimuksesta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta sopimuksen tekeminen avautuu kilpailulle ja sopimuksen tekomenettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa.[42]

102. Tämä primaarioikeudellinen yhdenvertaisen kohtelun ja riittävän avoimuuden luomisen periaate on suurelta osin yhdenmukaistettu direktiivissä 92/50 ja direktiivissä 2004/18 erilaisia tiedonanto- ja ilmoitusvelvollisuuksia koskevan erittäin yksityiskohtaisen sääntelyn perusteella. Näille johdettuun oikeuteen sisältyville avoimuutta koskeville velvollisuuksille on ominaista seikkaperäinen yhdenmukaistaminen, jota joidenkin tekijöiden osalta on pidettävä täydellisenä yhdenmukaistamisena.[43]

103. Johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuuden vuoksi nyt käsiteltävässä asiassa on siis tarkasteltava sitä, voiko komissio moittia primaarioikeudellisen syrjintäkiellon periaatteen ja siitä seuraavan avoimuusperiaatteen loukkaamista, vaikka kyseessä olevat sopimukset kuuluvat täysimääräisesti julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan, jos niiden painopiste arvon perusteella on kuljetuspalveluissa,[44] ja vaikka syrjintäkiellon periaate ja avoimuusperiaate,

41 – Asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585, 48 kohta).

42 – Asia C-196/08, Acoset, tuomio 15.10.2009, (Kok., s. I-9913, 49 kohta) ja asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3303, 21 kohta). Syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen välisen suhteen osalta ks. edellä alaviitteessä 38 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 30 ja 31 kohta sekä asia C-412/04, komissio v. Italia, tuomio 21.2.2008 (Kok., s. I-619, 66 kohta), asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok., s. I-7287, 17 ja 18 kohta) ja asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok., s. I-10745, 60 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

43 – Yleisesti on katsottava, että direktiivillä 92/50 ja direktiivillä 2004/18 ei sinänsä ollut tarkoitus täysin yhdenmukaistaa niiden soveltamisalaan kuuluvaa julkisten hankintasopimusten tekemistä. Tämä käy ilmi jo näiden direktiivien otsikoista, joissa puhutaan sopimusten tekomenettelyjen ”yhteensovittamisesta”. Se, että näillä direktiiveillä tavoiteltiin vähimmäistason yhdenmukaistamista, ei kuitenkaan sulje pois sitä, että tietyt osa-alueet on yhdenmukaistettu tyhjentävästi. Kun otetaan huomioon erittäin yksityiskohtaiset säännökset, joita näihin direktiiveihin sisältyy yksittäisten hankintamenettelyjen tiedonanto- ja ilmoitusvelvollisuuksien osalta, rajanveto erittäin yksityiskohtaisen vähimmäistason yhdenmukaistamisen ja tyhjentävän täydellisen yhdenmukaistamisen välillä on varsinkin tällä alalla erittäin vaikeaa. Kuten julkisasiamies Mazák totesi osuvasti asiassa C-299/08, komissio v. Ranska, 22.9.2009 antamassaan ratkaisuehdotuksessa (12 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja kuten unionin tuomioistuin vahvisti samassa asiassa 10.12.2009 antamassaan tuomiossa (Kok., s. I-11587, 28 kohta ja sitä seuraavat kohdat), direktiivin 2004/18 28 artiklassa ja sitä seuraavissa artikloissa esitettyä yksittäisten hankintamenettelyjen luetteloa on joka tapauksessa pidettävä tyhjentävänä. Tästä seuraa suoraan, että ainakin myös yksittäisten näitä menettelyjä koskevien säännösten on katsottava ilmentävän täydellistä yhdenmukaistamista.

44 – Jos komissio sen sijaan olisi osoittanut, että pelastuspalveluja on pidettävä toissijaisia palveluja koskevina sopimuksina ja että ne sen vuoksi kuuluvat julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan vain osittain, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan olisi mahdollista soveltaa EY 43 artiklaan ja EY 49 artiklaan perustuvia periaatteita, mikäli on olemassa varma rajat ylittävä intressi. Ks. edellä alaviitteessä 38 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 29 ja 30 kohta.

jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen, on näissä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä yhdenmukaistettu yksityiskohtaisesti ja tietyillä aloilla jopa tyhjentävästi.

104. Unionin tuomioistuin ei tähänastisessa oikeuskäytännössään ole vastannut tähän kysymykseen tyhjentävästi.

105. On selvää, että johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuus sulkee pois primaarioikeudessa määrättyjen perusvapauksiin kohdistuvien vaikutusten oikeuttamisperusteiden käytön, mikäli vaikutukset koskevat alaa, jolla oikeuttamisperusteet ovat täydellisen yhdenmukaistamisen kohteena.[45] Toisaalta kansallisen säännöksen, jolla jäsenvaltio täyttää johdetun oikeuden säännökseen perustuvat velvoitteensa, ei voida katsoa loukkaavan perusvapautta.[46] Johdetun oikeuden sovellettavuus nimittäin kyseenalaistettaisiin, jos primaarioikeudellista luvallisuutta voitaisiin käyttää johdetun oikeuden mukaista kieltoa vastaan tai johdetun oikeuden mukaista periaatetta primaarioikeudellista kieltoa vastaan.[47]

106. Vaikka useissa ennakkoratkaisuissa on myös vahvistettu, että kansallisia toimenpiteitä ei voida enää arvioida perusvapauksien perusteella, jos on olemassa tyhjentävä johdetun oikeuden säännös,[48] toistaiseksi on suurelta osin selvittämättä, voidaanko perusvapauksien laiminlyömistä moittia enää suoraan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssäkään, jos moitittu menettelytapa samalla rikkoo tai saattaa rikkoa johdetun oikeuden säännöstä, jolla jokin näiden perusvapauksien soveltamisalaan kuuluva ala on yhdenmukaistettu täysin.[49]

107. Mielestäni sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvien

45 – Asia C-445/06, Danske Slagterier, tuomio 24.3.2009 (Kok., s. I-2119, 25 kohta); yhdistetyt asiat C-427/93, C-429/93 ja C-436/93, Bristol-Myers Squibb ym., tuomio 11.7.1996 (Kok., s. I-3457, 25 kohta), asia 227/82, Van Bennekom, tuomio 30.11.1983 (Kok., s. 3883, 35 kohta) ja asia 5/77, Tedeschi, tuomio 5.10.1977 (Kok., s. 1555, 33 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

46 – Ks. edellä alaviitteessä 40 mainittu asia Deutscher Apothekenverband, tuomion 52 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

47 – Ks. vastaavasti Randelzhofer ja Forsthoff edellä alaviitteessä 14 mainitussa Grabitzin ja Hilfin teoksessa, EY 39–55 artikla, 149 kohta.

48 – Perustavanlaatuisena tuomiona voidaan pitää asiassa C-37/92, Vanacker ja Lesage, 12.10.1993 annettua tuomiota (Kok., s. I-4947). Ks. myös asia C-470/03, AGM-COS.MET, tuomio 17.4.2007 (Kok., s. I-2749, 50 kohta ja sitä seuraavat kohdat); asia C-145/02, Denkavit, tuomio 13.1.2005 (Kok., s. I-51, 22 kohta ja sitä seuraavat kohdat); asia C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft, tuomio 14.12.2004 (Kok., s. I-11763, 52 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja asia C-324/99, Daimler Chrysler, tuomio 13.12.2001 (Kok., s. I-9897, 32 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

49 – Täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävien johdetun oikeuden säännösten rajoittava vaikutus perusvapauksien soveltamisalaan; ks. Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* [toim. Calliess, C. ja Ruffert, M.], 3. painos, 2007, EY 28–30 artikla, 18 kohta.

syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen laiminlyömistä ei voida moittia enää suoraan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä, jos moitittu menettelytapa samalla rikkoo johdetun oikeuden säännöstä, joka on luonteeltaan täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävä. Jos komissiolle sitä vastoin tällaisessa tapauksessa annettaisiin mahdollisuus valita, moittiiko se joko perusvapauden loukkausta tai täysin yhdenmukaistetun johdetun oikeuden säännöksen rikkomista, tämä heikentäisi johdetun oikeuden sovellettavuutta huomattavasti.

108. Täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävien johdetun oikeuden säännösten erityispiirteenä on se, että jäsenvaltiot eivät saa ylittää eivätkä alittaa yhteisön oikeuden mukaisia vaatimuksia. Tätä taustaa vasten täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävät säännökset on periaatteessa muotoiltu hyvin konkreettisella tavalla. Jos jonkin perusvapauden soveltamisalaan kuuluvasta alasta näin ollen tulee täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävän johdetun oikeuden kohde, on lähes mahdotonta, että primaarioikeudessa ja johdetussa oikeudessa asetettaisiin jäsenvaltioille täsmälleen samat velvollisuudet. Johdetun oikeuden säännöksellä nimittäin muotoillaan ja hahmotellaan perusoikeuksia koskevat määräykset konkreettisiksi oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi. Primaarioikeuden määräykset sitä vastoin ovat paljon yleisluonteisempia ja niitä voidaan periaatteessa noudattaa monin eri tavoin. Tämä sääntelyn yksityiskohtaisuuden erilaisuus väistämättä johtaa sisällöllisiin jännitteisiin primaarioikeuden ja täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävän johdetun oikeuden välillä, varsinkin ”primaarioikeudellisen luvallisuuden” ja ”johdetun oikeuden mukaisen kiellon” välillä.

109. Edellä mainitussa primaarioikeudellisten oikeuttamisperusteiden soveltumattomuutta koskevassa oikeuskäytännössä – mikäli oikeuttamisperusteet ovat täydellisen yhdenmukaistamisen kohteena – nämä jännitteet ”primaarioikeudellisen luvallisuuden” ja ”johdetun oikeuden mukaisen kiellon” välillä puretaan johdetun oikeuden mukaisen kiellon eduksi asettamalla sen soveltaminen ensisijaiseksi. Saman etujen punnitsemisen perusteella on kumottava myös yleiset jännitteet sisällöllisesti abstraktimman ja vähemmän hahmotellun primaarioikeudellisen perusvapauden ja siihen perustuvan, sisällöllisesti hyvin konkreettisen ja hahmotellun, täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävän johdetun oikeuden säännöksen välillä johdetun oikeuden säännöksen eduksi,[50] mikä on vahvistettu vakiintuneessa oikeuskäytännössä ennakkoratkaisujen myötä.[51]

50 – Vaikka edellä alaviitteessä 45 mainitussa asiassa Danske Slagterier (tuomion 18 kohta ja sitä seuraavat kohdat) vahvistettiinkin kansalaisten mahdollisuus vedota tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevaan oikeuteen huolimatta kahden yhdenmukaistavan direktiivin olemassaolosta, yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan tässä tuomiossa ilmaissut vastustavansa johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuutta nyt esillä olevassa asiassa tarkoitetulla tavalla. Kuten tähdensin mainitussa asiassa 4.9.2008 antamani ratkaisuehdotuksen 82 kohdassa, mikään ei viittaa siihen, että yhteisön lainsäätäjä olisi näillä direktiiveillä halunnut muotoilla myös unionin kansalaisten oikeuksia ja siten viedä heiltä mahdollisuuden vedota oikeuteensa EY 28 artiklan mukaiseen tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen.

51 – Ks. oikeuskäytäntöviittaukset edellä alaviitteessä 48.

110. Kun otetaan huomioon edellä esitetyt seikat, komissio ei jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä voi tyytyä moittimaan primaarioikeuden rikkomista yleisesti, jos se päätyy toteamaan, että jäsenvaltion toiminta voi rikkoa sekä primaarioikeuden määräyksiä että siihen perustuvaa täydelliseen yhdenmukaistamiseen tähtäävää johdettua oikeutta.

111. Saman on katsottava pätevän nyt käsiteltävän kaltaiseen asiaan, jossa moititaan sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvan syrjintäkiellon periaatteen sekä siitä seuraavan avoimuusperiaatteen loukkaamista, vaikka julkisia hankintoja koskevia direktiivejä on ehkä sovellettava täysimääräisesti ja nimenomaan avoimuusperiaatetta säännellään näissä direktiiveissä yksityiskohtaisesti – ja tietyiltä osin tyhjentävästi. Koska avoimuutta koskevat velvollisuudet on konkretisoitu johdetussa oikeudessa erittäin yksityiskohtaisesti, myös tällöin nousee esiin ”primaarioikeudellisen luvallisuuden” ja ”johdetun oikeuden mukaisen kiellon” välisten jännitteiden ongelma ja päinvastoin, mikä on kumottava edellä tarkastellun arvioinnin perusteella johdetun oikeuden säännöksen eduksi.[52]

112. Kun otetaan huomioon edellä esitetyt seikat, komissio ei nyt käsiteltävän kaltaisessa asiassa voi tyytyä moittimaan yleisesti sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvien syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen loukkaamista.

113. EY 226 artiklan mukaisen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn tarkoituksen tarkempi analyysi vahvistaa tämän toteamuksen. Tällä menettelyllä on objektiivinen oikeudellinen tehtävä: sen tehtävänä on varmistaa yhteisön oikeuden yhdenmukainen täytäntöönpano.[53] EY 226 artiklan mukaisen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn tavoitteena ei ole jäsenvaltion rankaiseminen. Toteamus, jonka mukaan jokin menettely tai tilanne on yhteisön

52 – Tässä yhteydessä on syytä muistuttaa siitä, että vähimmäistason yhdenmukaistamisessa asetetaan jäsenvaltioille vähimmäisvaatimukset. Jos näissä vähimmäisvaatimuksissa määritellään tiukat säännöt noudatettavista menettelyistä ja määräajoista, joita on noudatettava yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusperiaatteen turvaamiseksi, primaarioikeuden määräyksiin nähden voi syntyä jännitteitä, jotka ovat vähintään yhtä voimakkaita kuin täydellisen yhdenmukaistamisen tapauksessa.

53 – Gaitanides, C. teoksessa von der Groeben, H. ja Schwarze, J. (toim.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. painos, Baden-Baden, 2003, EY 226 artikla, 2 kohta. Ks. myös Rengeling, H. W., Middeke, A. ja Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2. painos, München, 2003, 6 §, 2 kohta.

oikeuden vastainen, ei ole itsetarkoitus vaan sillä pyritään aluksi saamaan varmuus siitä, missä määrin on kysymys yhteisön oikeuden vastaisesta tilanteesta. Tuomioistuimen toteamuksella, jonka mukaan jäsenvaltio on laiminlyönyt jäsenyysvelvoitteitaan, pyritään samalla mahdollistamaan sen toteaminen, mitkä toimenpiteet ovat yhteisön oikeuden nojalla välttämättömiä, jotta yhteisön oikeuden mukainen tilanne voidaan saada (jälleen) aikaan.[54]

114. Jos nyt käsiteltävän kaltaisessa menettelyssä olisi tarkoitus todeta yleisesti, että Saksan liittotasavalta on tehdessään kanteen kohteena olevat sopimukset loukannut primaarioikeudellista syrjintäkiellon periaatetta ja primaarioikeudellista avoimuusperiaatetta selvittämättä, onko kyseessä olevien yhdistelmäpalvelujen painopiste ensisijaisissa palveluissa ja onko julkisia hankintoja koskevia direktiivejä näin ollen sovellettava täysimääräisesti, jälkikäteen ei voitaisi todeta varmasti, mitkä toimenpiteet ovat yhteisön oikeuden nojalla välttämättömiä, jotta yhteisön oikeuden mukainen tilanne voidaan saada (jälleen) aikaan. Jos pelastuspalvelut kuuluisivat julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan täysimääräisesti, sisällöllisesti vähemmän hahmotellun ja konkretisoidun primaarioikeudellisen avoimuusperiaatteen noudattaminen ei riittäisi täyttämään julkisia hankintoja koskevien direktiivien erittäin yksityiskohtaisia vaatimuksia.[55]

115. Näiden seikkojen perusteella päättelen, että komission kanteen kohteena olevaa Magdeburgin kaupungin tekemää hankintasopimusta ei voida arvioida sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvien syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen avulla ottaen huomioon johdetun oikeuden soveltamisen ensisijaisuus ja EY 226 artiklan mukaisen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn tarkoitus.

Toissijaisista palveluista tehtäviin hankintasopimuksiin liittyvän rajat ylittävän intressin osoittaminen

116. Yksinomaan kansalliset tilanteet eivät periaatteessa kuulu perusvapauksien soveltamisalaan. Näin ollen komission on osoitettava hankintasopimuksiin liittyvä rajat

54 – Ks. edellä alaviitteessä 53 mainittu Gaitanides, C., 12 kohta, jonka mukaan EY 226 artiklan mukaisessa menettelyssä ei ole kysymys jäsenvaltioiden vastuusta yleisessä kansainvälisessä oikeudessa tarkoitetulla tavalla eikä rankaisemisesta vaan objektiivisesta tilanteen toteamisesta. Menettelyllä on Gaitanidesin mukaan yksinomaan ohjailutehtävä ja sen ainoana tarkoituksena on pakottaa jäsenvaltiot poistamaan tämänhetkiset jäsenyysvelvoitteiden vastaiset käytännöt. Perustamissopimuksen vastaisesti toimineen valtion julkinen arvostelu voi olla korkeintaan menettelyn sivuvaikutus muttei koskaan sen tavoite.

55 – Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan avoimuutta koskeva velvollisuus velvoittaa takaamaan kaikkien potentiaalisten tarjoajien edun mukaisesti riittävän julkisuuden, mutta ei kuitenkaan välttämättä edellytä tarjouskilpailun järjestämistä; ks. asia C-324/07, Coditel Brabant, tuomio 13.11.2008 (Kok., s. I-8457, 25 kohta) ja edellä alaviitteessä 42 mainittu asia Coname, tuomion 21 kohta. Ks. edellä alaviitteessä 36 mainittu Egger, A., 147 kohta ja sitä seuraavat kohdat, jonka mukaan primaarioikeuden määräykset antavat jäsenvaltioille enemmän liikkumavaraa kuin julkisia hankintoja koskevat direktiivit. Egger tähdentää osuvasti, että eroa ei ole ainoastaan tutkimisen seikkaperäisyydessä vaan että primaarioikeuden määräykset ovat yleisluonteisempia ja sen vuoksi kaiken kaikkiaan vähemmän tiukkoja ja vähemmän yksityiskohtaisia. Ks. I. J. van den Berge, "De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies", *NTER* 2005, s. 241 ja 243, jonka mukaan EY 28, EY 43 ja EY 49 artiklan nojalla on tuskin mahdollista todeta mitään yleispätevää noudatettavista avoimuutta koskevista velvollisuuksista.

ylittävä intressi, jos se moittii sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvien syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen loukkaamista.

117. Yhteisöjen tuomioistuin tähdensi asiassa komissio vastaan Irlanti 13.11.2007 antamassaan tuomiossa[56] direktiivin 92/50 liitteessä I B luetelluista palveluista tehtävien hankintasopimusten osalta, että tällaisiin palveluihin sovelletaan EY:n perustamissopimuksen periaatteita sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden alalla, mutta komission on kuitenkin aina osoitettava kyseiseen sopimukseen liittyvä varma rajat ylittävä intressi. Tässä yhteydessä pelkkä komission ilmoitus siitä, että sille osoitettiin kyseistä sopimusta koskenut kantelu, ei voi riittää sen osoittamiseen, että kyseiseen sopimukseen liittyi varma rajat ylittävä intressi, eikä siis myöskään sen toteamiseen, että jäsenyysvelvoitteita on jätetty noudattamatta.[57]

118. Tämä toissijaisista palveluista tehtäviin hankintasopimuksiin liittyvän rajat ylittävän intressin tarkka tutkiminen voidaan – ainakin osittain – selittää sillä, että direktiivin 92/50 liitteessä I B ja direktiivin 2004/18 liitteessä II B lueteltuja palveluja koskevilla sopimuksilla ei yhteisön lainsäätäjän mukaan lähtökohtaisesti ole rajat ylittävää merkitystä. Tätä taustaa vasten direktiivissä 92/50 ja direktiivissä 2004/18 säädetään tämän palvelujen ryhmän osalta ainoastaan jälkikäteen tehtävästä ilmoituksesta.[58]

119. Koska jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä komission on esitettävä unionin tuomioistuimelle kaikki asian arvioinnin kannalta välttämättömät seikat, se ei voi kiertää tiukempia primaarioikeudellisia vaatimuksia, jotka koskevat pääosin toissijaisista palveluista muodostuvista yhdistelmäpalveluista tehtäviin hankintasopimuksiin liittyvän rajat ylittävän intressin osoittamista, jättämällä tietoisesti vastaamatta kysymykseen kyseessä olevien yhdistelmäpalvelujen luokituksesta julkisia hankintoja koskevien säännösten mukaisesti. Näin ollen komission on myös nyt käsiteltävän kaltaisessa asiassa osoitettava kyseessä olevista palveluista tehtäviin hankintasopimuksiin liittyvä rajat ylittävä intressi täyttäen tiukat vaatimukset, jotka yhteisöjen tuomioistuin vahvisti asiassa komissio vastaan Irlanti 13.11.2007 antamassaan tuomiossa toissijaisten palvelujen osalta.

120. Osoituksena Magdeburgin kaupungin tekemään hankintasopimukseen liittyvän rajat ylittävän intressin olemassaolosta komissio viittaa ainoastaan yleiseen kanteluun pelastuspalveluja koskevien sopimusten tekemisestä Saksassa sekä kyseisten palvelujen taloudelliseen merkitykseen; sopimusten suuren määrän perusteella voidaan komission

56 – Edellä alaviitteessä 38 mainittu asia komissio v. Irlanti, tuomion 29 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

57 – Edellä alaviitteessä 56 mainittu tuomio, 34 kohta.

58 – Edellä alaviitteessä 56 mainittu tuomio, 25 kohta. Ks. myös Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berliini ym., 2007, 2116 kohta.

mukaan vääjäämättä olettaa ulkomaisten palvelujen suorittajien intressin olevan suuri. Nämä komission esittämät yleiset seikat, joissa ei millään tavalla viitata Magdeburgin kaupungin tekemään hankintasopimukseen ja jotka lisäksi osittain perustuvat oletamuksiin, eivät täytä suuria vaatimuksia, joita toissijaisista palveluista tehtäviin hankintasopimuksiin liittyvän rajat ylittävän intressin osoittamiselle asetetaan.

121. Koska rajat ylittävää ulottuvuutta ei ole osoitettu, komission väite, jonka mukaan Magdeburgin kaupungin tekemä hankintasopimus loukkaa sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen perustuvia syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, on hylättävä perusteettomana.

iii) Päätelmä

122. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella päättelen, että Saksan liittotasavalta on kanteen kohteena olevan Magdeburgin kaupungin tekemän hankintasopimuksen osalta rikkonut direktiivin 92/50 16 artiklaa ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohtaa. Muilta osin komission väitteet Magdeburgin kaupungin tekemästä hankintasopimuksesta on jätettävä tutkimatta tai ainakin hylättävä perusteettomina.

b) Bonnin kaupungin (Nordrhein-Westfalenin osavaltio) ja Wittenin kaupungin (Nordrhein-Westfalenin osavaltio), Hannoverin alueen (Ala-Saksin osavaltio) ja Hameln-Pyrmontin piirikunnan (Ala-Saksin osavaltio) tekemät hankintasopimukset

123. Komissio on esittänyt kanteen kohteena olevista Bonnin ja Wittenin kaupunkien, Hannoverin alueen ja Hameln-Pyrmontin piirikunnan tekemistä hankintasopimuksista seuraavaa.

124. Komission mukaan Bonnin kaupunki teki vuonna 2004 hankintaviranomaisena sopimuksen 1.1.2005 ja 31.12.2008 välisenä aikana suoritettavista pelastuspalveluista ilman Euroopan laajuista tarjouskilpailua. Komissio esittää, että sopimuksen kohteena oli mm. neljän pelastusaseman toiminta. Sopimuksen arvo oli vähintään 5,28 miljoonaa euroa.

125. Komission mukaan Wittenin kaupunki teki ainakin vuodesta 2005 lähtien hankintaviranomaisena ilman Euroopan laajuista tarjouskilpailua pelastuspalveluja koskevia sopimuksia, joiden arvo oli 945 753 euroa vuodessa. Sopimusten kohteena oli pelastusaseman toiminta.

126. Komission mukaan Hannoverin alue järjesti vuonna 2004 alueellaan suoritettavia pelastuspalveluja koskevan tarjouskilpailun, johon saivat osallistua vain siihenastiset toimeksisaajat eli Arbeiter-Samariter-Bund (jäljempänä ASB), Deutsches Rotes Kreuz (jäljempänä DRK), Johanniter-Unfallhilfe (jäljempänä JUH) ja RKT GmbH. Sopimusten tekeminen koski 1.1.2005 ja 31.12.2009 välistä ajanjaksoa, ja kokonaisarvo oli noin 65 miljoonaa euroa.

127. Komission mukaan Hameln-Pyrmontin piirikunta antoi vuonna 1993 DRK:n piirijärjestön tehtäväksi pelastuspalvelujen suorittamisen alueellaan. Komissio esittää, että alun perin kymmeneksi vuodeksi tehtyä sopimusta ei irtisanottu vaan sitä jatkettiin vuonna 2003 kymmenellä vuodella järjestämättä tarjouskilpailua. Lisäksi vuonna 1999 Emmerthalin kuntaan perustettiin uusi pelastusasema, jonka toiminnasta huolehtiminen annettiin DRK:n tehtäväksi, tässäkin tapauksessa ilman tarjouskilpailua. Näiden hankintamenettelyjen kokonaisarvo on komission mukaan 7,2 miljoonaa euroa vuodessa.

128. Saksan liittotasavalta ei esitä vastaväitteitä näistä tosiseikkojen kuvauksista.

129. Komissio moittii kaikissa näissä tapauksissa tehtyjen sopimusten ilmoittamista koskevan velvollisuuden laiminlyöntiä (direktiivin 92/50 16 artikla ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohta). Nämä laiminlyönnit ovat kiistattomasti tapahtuneet.

130. Sitä vastoin en katso toteen näytetyksi komission myös näistä tapauksista esittämää väitettä, jonka mukaan on loukattu syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen. Tämä kanneperuste kariutuu samoihin oikeusdogmaattisiin ja hankittavaa näyttöä koskeviin seikkoihin, jotka esitin jo analysoidessani Magdeburgin kaupungin tekemää hankintasopimusta.[59]

c) Uelzenin piirikunnan tekemä hankintasopimus (Ala-Saksin osavaltio)

131. Komissio esittää Uelzenin piirikunnan tekemästä hankintasopimuksesta, että DRK

59 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 91 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

suoritti pelastuspalveluja 10.7.1984 tehdyn sopimuksen perusteella Uelzenin piirikunnan alueella lukuun ottamatta Bevensen-Bienenbüttelin seutua. Vuonna 2004 tähän sopimukseen tehtiin olennaisia muutoksia, mitä komission mukaan on pidettävä uuden sopimuksen tekemisenä. Komissio katsoo, että uutta sopimusta tehtäessä ei noudatettu direktiivin 92/50 16 artiklaa. Lisäksi uuden sopimuksen yhteydessä komission mukaan loukattiin syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen.

132. Saksan liittotasavalta väittää sopimukseen vuonna 2004 sopimukseen tehtyjen muutosten johtuvan siitä, että Uelzenin piirikunta antoi vuonna 1984 Bevensenin kuntayhtymän tehtäväksi pelastuspalvelujen suorittamisen Bevensen-Bienenbüttelin seudulla. Saksan liittotasavallan mukaan DRK otti vuonna 2002 yrityskaupan myötä hoidettavakseen Bevensenin kuntayhtymän pelastustoimen kokonaisuudessaan. Tämä selittää Uelzenin piirikunnan ja DRK:n välillä vuonna 2004 neuvotellut sopimusta koskevat muutokset, jotka Saksan liittotasavallan mukaan eivät ole niin olennaisia, että kyseessä olisi uusi, julkisia hankintoja koskevien säännösten kannalta merkityksellinen hankinta. Koska kanteen kohteena oleva sopimus näin ollen onkin vuodelta 1984 ja siis tehty ennen direktiivin 92/50 täytäntöönpanolle varatun määräajan päättymistä, Saksan liittotasavalta katsoo, että tämän direktiivin noudattamatta jättämistä ei voida enää moittia.

133. Kysymykseen siitä, millä edellytyksin olemassa olevan sopimuksen muutoksia on pidettävä itsenäisenä hankintasopimuksen tekemisenä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä tarkoitetulla tavalla, on vastattu asiassa Pressetext Nachrichtenagentur 19.6.2008 annetulla tuomiolla.[60] Tuomiossa korostetaan, että julkista hankintaa koskevan sopimuksen määräyksiin sen voimassaoloaikana tehtyjä muutoksia on pidettävä uutena direktiivissä 92/50 tarkoitettuna sopimuksen tekemisenä, jos nämä muutetut määräykset ovat ominaispiirteiltään olennaisesti erilaisia kuin alkuperäisen sopimuksen määräykset ja jos ne näin ollen ovat omiaan osoittamaan osapuolten tahtoneen neuvotella uudestaan kyseisen sopimuksen keskeiset ehdot.[61] Muutosta voidaan pitää olennaisena muun muassa silloin, kun sillä ulotetaan sopimus merkittävässä määrin sellaisiin palveluihin, joista ei alun perin ollut kyse.[62]

134. Saksan hallituksen esittämistä asiakirjoista ja huomautuksista käy ilmi, että julkista hankintaa koskevaan sopimukseen lisättiin vuonna 2004 julkisten pelastuspalvelujen suorittaminen Bevensenin pelastusaseman toimialueella, joka on noin neljännes piirikunnan kokonaispinta-alasta. Lisäksi Saksan liittotasavalta myöntää, että koko Uelzenin piirikuntaa koskevan sopimuksen arvo on noin 4 450 000 euroa vuodessa ja että suoritettavien pelastuspalvelujen arvo Bevensenin

60 – Asia C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur, tuomio 19.6.2008 (Kok., s. I-4401, 28 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

61 – Edellä alaviitteessä 60 mainitun tuomion 34 kohta.

62 – Edellä alaviitteessä 60 mainitun tuomion 36 kohta.

pelastusaseman toimialueella on vähintään 670 000 euroa vuodessa.[63]

135. Uelzenin piirikunnan ja DRK:n välillä vuonna 2004 neuvotellut sopimusta koskevat muutokset ovat näin ollen johtaneet siihen, että pelastuspalvelujen suorittamista koskevaan sopimukseen on lisätty ylimääräinen piirikuntaan sisältyvä alue, minkä seurauksena toimialueen kokonaispinta-ala kasvoi noin 25 prosenttia ja sopimuksen arvo vähintään 15 prosenttia. Vuonna 2004 neuvoteltuja sopimuksen muutoksia on siis pidettävä olennaisina, joten toimenpidettä on pidettävä uutena direktiivissä 92/50 tarkoitettuna sopimuksen tekemisenä julkisista pelastuspalveluista koko piirikunnan alueella. Saksan liittotasavallan – ilman asiakirjoja – antamat tiedot pelastustoimen siirtymisestä toisen palvelujen suorittajan tehtäväksi eivät vaikuta tähän päätelmään.

136. Tässä yhteydessä on kiistatonta, että uutta sopimusta tehtäessä vuonna 2004 ei noudatettu direktiivin 92/50 16 artiklaa. Näin ollen nyt käsiteltävässä asiassa on osoitettu Saksan liittotasavallan rikkoneen kyseistä säännöstä.

137. Sitä vastoin en katso toteen näytetyksi komission esittämää väitettä, jonka mukaan on loukattu syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen. Tämä kanneperuste kariutuu samoihin oikeusdogmaattisiin ja hankittavaa näyttöä koskeviin seikkoihin, jotka esitin jo analysoidessani Magdeburgin kaupungin tekemää hankintasopimusta.[64]

d) Westsachsenin (Saksin osavaltio), Chemnitz/Stollbergin (Saksin osavaltio) ja Vogtlandin (Saksin osavaltio) pelastusalan yhteenliittymien tekemät hankintasopimukset

138. Komissio on esittänyt kanteen kohteena olevista Westsachsenin, Chemnitz/Stollbergin ja Vogtlandin pelastusalan yhteenliittymien tekemistä hankintasopimuksista seuraavaa.

139. Komission mukaan Westsachsenin pelastusalan yhteenliittymä teki hankintaviranomaisena ASB:n, DRK:n, JUH:n ja Berufsfeuerwehr Zwickaun kanssa pelastuspalvelujen suorittamista koskevat sopimukset, joista kunkin kesto oli neljä vuotta ja joiden yhteenlaskettu arvo oli 7,9 miljoonaa

63 – Saksan liittotasavallan vastine 4.9.2008, 22 kohta.

64 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 91 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

euroa vuodessa. Näitä sopimuksia jatkettiin komission mukaan vuonna 2003 neljällä vuodella ilman tarjouskilpailua. Sopimusten päättyessä niiden voimassaoloa jatkettiin 31.12.2008 asti.

140. Komission mukaan Chemnitz/Stollbergin pelastusalan yhteenliittymä teki hankintaviranomaisena ASB:n, DRK:n, JUH:n ja Berufsfeuerwehr Chemnitzin kanssa pelastuspalvelujen suorittamista koskevat sopimukset, joista kunkin kesto oli neljä vuotta ja joiden yhteenlaskettu arvo oli 3,3 miljoonaa euroa vuodessa. Näitä sopimuksia jatkettiin komission mukaan vuonna 2002 neljällä vuodella ilman tarjouskilpailua. Sopimusten päättyessä niiden voimassaoloa jatkettiin 31.12.2008 asti.

141. Komission mukaan Vogtlandin pelastusalan yhteenliittymä teki vuosina 2002 ja 2004 hankintaviranomaisena ASB:n, DRK:n, JUH:n, Plauenin yksityisen pelastuspalveluyhtiön ja Berufsfeuerwehr Plauenin kanssa pelastuspalvelujen suorittamista koskevat sopimukset, joista kunkin kesto oli neljä vuotta ja joiden yhteenlaskettu arvo oli 3,9 miljoonaa euroa vuodessa. Sopimusten kesto oli neljä vuotta, minkä päättyessä niiden voimassaoloa jatkettiin 31.12.2008 asti.

142. Komissio moittii kaikissa näissä tapauksissa tehtyjen sopimusten ilmoittamista koskevan velvollisuuden laiminlyöntiä (direktiivin 92/50 16 artikla ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohta). Nämä laiminlyönnit ovat tapahtuneet.

143. Tämän toteamista eivät estä Saksan liittotasavallan esittämät seikat, joiden mukaan palontorjuntaa, pelastustointa ja väestönsuojelua koskevan, 1.1.2005 voimaan tuleen Saksin osavaltion lain mukaan ennen pelastuspalveluja koskevan hankintasopimuksen tekemistä on suoritettava valintamenettely. Erityisesti on todettava, että Saksan liittotasavalta ei ole esittänyt vastaväitteitä komission toteamukselle, jonka mukaan tehtyjä sopimuksia on kaikissa kanteen kohteena olevissa tapauksissa on jatkettu vanhan järjestelyn mukaisesti 31.12.2008 asti.

144. Arvioitaessa sitä, onko jäsenvaltio jättänyt noudattamatta jäsenyysvelvoitteitaan, on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan otettava huomioon jäsenvaltion tilanne sellaisena kuin se oli perustellussa lausunnossa asetetun määräajan päättyessä.[65] Esillä olevassa asiassa ratkaiseva on siis tilanne 16.2.2007.

65 – Asia C-562/07, komissio v. Espanja, tuomio 6.10.2009 (Kok., s. I-9553, 23 kohta); asia C-531/06, komissio v. Italia, tuomio 19.5.2009 (Kok., s. I-4103, 98 kohta) ja asia C-319/06, komissio v. Luxemburg, tuomio 19.6.2008 (Kok., s. I-4323, 72 kohta).

Väitetty julkisia hankintoja koskevien direktiivien rikkominen oli tapahtunut kyseisenä ajankohtana.

145. Sitä vastoin en katso toteen näytetyksi komission myös näistä tapauksista esittämää väitettä, jonka mukaan on loukattu syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen. Tämä kanneperuste kariutuu samoihin oikeusdogmaattisiin ja hankittavaa näyttöä koskeviin seikkoihin, jotka esitin jo analysoidessani Magdeburgin kaupungin tekemää hankintasopimusta.[66]

e) Päätelmä

146. Edellä esitetyn perusteella päättelen, että Saksan liittotasavalta on Magdeburgin, Bonnin ja Wittenin kaupunkien, Hannoverin alueen, Uelzenin piirikunnan ja Hameln-Pyrmontin piirikunnan sekä Westsachsenin, Chemnitz/Stollbergin ja Vogtlandin pelastusalan yhteenliittymien tekemissä hankintasopimuksissa laiminlyönyt direktiivin 92/50 16 artiklaa ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohtaa. Sitä vastoin en katso komission näyttäneen toteen, että lisäksi on loukattu syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusperiaatetta, jotka perustuvat sijoittautumisvapauteen ja palvelujen tarjoamisen vapauteen.

66 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 91 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

4. Lainvastainen sopimuskäytäntö Saksan liittotasavallassa

147. Nyt käsiteltävässä asiassa komissio väittää, että sen kanteen kohteena olevat hankintamenettelyt viittaavat vakiintuneen ja yleisen sopimuskäytännön olemassaoloon. Tätä taustaa vasten se vaatii unionin tuomioistuinta toteamaan, että Saksan liittotasavalta on laittoman sopimuskäytännön myötä rikkonut yhteisön oikeutta.

148. Jos julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisen käytännön olemassaolo jäsenvaltiossa näytetään toteen, tätä käytäntöä sellaisenaan voidaan moittia EY 226 artiklan mukaisessa menettelyssä.[67] Tässä yhteydessä komission on ensiksi yksityiskohtaisesti esitettävä toistuvat rikkomiset, jotka viittaavat käytännön olemassaoloon. Tämän

67 – Tässä yhteydessä ainoastaan viitataan vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan on niin, että vaikka sovellettava kansallinen säännöstö on sinänsä yhteisön oikeuden mukainen, jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättäminen voi johtua hallintokäytännöstä. Ks. asia C-416/07, Saksa v. Kreikka, tuomio 10.9.2009 (Kok., s. I-7883, 24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

jälkeen asianomaisen jäsenvaltion on kiistettävä väitetyt tosiseikat konkreettisesti. Toiseksi on tutkittava, voidaanko osoitettuja rikkomisia pitää riittävän dokumentoituna ja yksityiskohtaisena näyttönä väitetyn käytännön olemassaolosta.[68]

149. Esillä olevassa asiassa komissio on näyttänyt toteen, että Magdeburgin (Saksi-Anhaltin osavaltio), Bonnin (Nordrhein-Westfalenin osavaltio) ja Wittenin (Nordrhein-Westfalenin osavaltio) kaupungit, Hannoverin alue (Ala-Saksin osavaltio), Uelzenin piirikunta (Ala-Saksin osavaltio) ja Hameln-Pyrmontin piirikunta (Ala-Saksin osavaltio) sekä Westsachsenin (Saksin osavaltio), Chemnitz/Stollbergin (Saksin osavaltio) ja Vogtlandin (Saksin osavaltio) pelastusalan yhteenliittymät ovat pelastuspalvelujen tarjoamista koskevissa hankintamenettelyissä laiminlyöneet direktiivin 92/50 16 artiklan ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohdan mukaisen ilmoitusvelvollisuuden.

150. Lisäksi komissio on väittänyt tutkimustensa osoittavan, että vuosina 2001–2006 on koko Saksan liittotasavallan osalta ilmoitettu ainoastaan kahdesta tehdystä sopimuksesta. Saksan liittotasavalta ei ole esittänyt vastaväitteitä tästä tosiseikkoja koskevasta toteamuksesta.

151. Edellä esitetyn perusteella on siis todettava, että Saksi-Anhaltin, Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin ja Saksin osavaltioissa on olemassa pelastuspalveluja koskeva vakiintunut ja yleinen sopimuskäytäntö, jossa laiminlyödään direktiivin 92/50 16 artiklan ja direktiivin 2004/18 35 artiklan 4 kohdan mukaista ilmoitusvelvollisuutta.

152. Toteamusta tällaisesta julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisesta käytännöstä mainituissa osavaltioissa ei estä myöskään Saksan liittotasavallan esittämä perustelu, jonka mukaan Bundesgerichtshofin 1.12.2008 tekemän kahden päätöksen[69] perusteella osavaltioiden on tarkistettava tähänastiset pelastuspalveluja koskevien sopimusten tekomenettelynsä ja järjesteltävä ne uudelleen ottaen huomioon julkisia hankintoja koskevat säännökset.

153. Kuten edellä jo totesin, arvioitaessa sitä, onko jäsenvaltio jättänyt noudattamatta jäsenyysvelvoitteitaan, on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan otettava huomioon jäsenvaltion tilanne sellaisena kuin se oli perustellussa lausunnossa asetetun määräajan päättyessä.[70] Nyt käsiteltävässä asiassa ratkaiseva on siis tilanne 16.2.2007. Kyseisenä

68 – Ks. asia C-489/06, komissio v. Kreikka, tuomio 19.3.2009 (Kok., s. I-1797, 40 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

69 – Bundesgerichtshofin päätös 1.12.2008, X ZB 31/08. Ks. tästä tämän ratkaisuehdotuksen 28 kohta.

70 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 144 kohta.

ajankohtana väitetty julkisia hankintoja koskevien direktiivien rikkominen oli tapahtunut.

154. Samasta syystä Saksan liittotasavallan huomautukset Saksin osavaltion oikeudellisen tilanteen muuttumisesta, minkä seurauksena hankintamallista luovuttiin 1.1.2009 lähtien, eivät ole nyt käsiteltävän asian kannalta enää merkityksellisiä.

155. On kuitenkin kiistanalaista, moittiko komissio ainoastaan Saksi-Anhaltin, Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin ja Saksin osavaltioiden sopimuskäytäntöä vai esittikö se näiden neljän osavaltion sopimuskäytännön esimerkkinä Saksan kaikkien osavaltioiden vakiintuneesta ja yleisestä sopimuskäytännöstä.

156. Komission tätä koskevat väitteet ovat sikäli ristiriitaisia, että kannekirjelmässään komissio nimenomaisesti esitti, että nyt käsiteltävä kanne koskee ainoastaan Saksi-Anhaltin, Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin ja Saksin osavaltioiden sopimuskäytäntöä, vaikka riidanalainen sopimuskäytäntö on sen mukaan käytössä myös muissa Saksan osavaltioissa.[71] Vastauksessaan komissio sitä vastoin vaatii unionin tuomioistuinta toteamaan tämän käytännön julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaiseksi koko Saksan liittotasavallan alueella.[72]

157. Tässä yhteydessä on syytä muistuttaa siitä, että asian käsittelyn kuluessa ei saa vedota uuteen perusteeseen.[73] Tätä taustaa vasten nyt käsiteltävässä asiassa on pidettävä lähtökohtana kannekirjelmään sisältyvää, alueellisesti rajattua kannetta, jossa komissio moitti ainoastaan kyseessä olevaa sopimuskäytäntöä Saksi-Anhaltin, Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin ja Saksin osavaltioissa.

158. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella päättelen lopuksi, että Saksan liittotasavalta on pelastuspalvelujen suorittamista rahallista vastiketta vastaan Saksi-Anhaltin, Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin ja Saksin osavaltioissa

71 – Ks. 15.4.2008 päivätyn komission kannekirjelmän 10 kohta. Kannekirjelmän 5 kohdassa komissio oli jo todennut, että sen kanne rajoittuu hankintamalliin perustuvaan pelastuspalveluja koskevaan hankintasopimuskäytäntöön, joka on käytössä useimmissa Saksan osavaltioissa.

72 – Ks. 21.11.2008 päivätyn komission vastauksen 17 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

73 – Ks. unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 42 artiklan 2 kohta.

koskevissa hankintasopimuksissa rikkonut 31.10.2006 asti direktiivin 92/50 10 artiklaa, luettuna yhdessä 16 artiklan kanssa, ja 1.2.2006 lähtien direktiivin 2004/18 22 artiklaa, luettuna yhdessä 35 artiklan 4 kohdan kanssa.

VIII Oikeudenkäyntikulut

159. Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan nojalla asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Työjärjestyksen 69 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä alakohdassa määrätään, että jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi tai jos siihen on muutoin erityisiä syitä, unionin tuomioistuin voi määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken tai määrätä, että kukin vastaa omista kuluistaan.

160. Koska nyt käsiteltävässä asiassa komission kanne hyväksytään vain osittain, ehdotan, että unionin tuomioistuin määräisi, että komissio ja Saksan liittotasavalta vastaavat kumpikin omista kuluistaan.

IX Ratkaisuehdotus

161. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin toteaa seuraavaa:

1) Saksan liittotasavalta on pelastuspalvelujen suorittamista rahallista vastiketta vastaan Saksi-Anhaltin, Nordrhein-Westfalenin, Ala-Saksin ja Saksin osavaltioissa koskevissa hankintasopimuksissa rikkonut 31.1.2006 asti julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY 10 artiklaa, luettuna yhdessä 16 artiklan kanssa, ja 1.2.2006 lähtien julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 22 artiklaa, luettuna yhdessä 35 artiklan 4 kohdan kanssa.

2) Kanne hylätään muilta osin.

3) Euroopan komissio ja Saksan liittotasavalta vastaavat kumpikin omista oikeudenkäyntikuluistaan.