FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK
föredraget den 11 februari 2010[1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 3719

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 3719

A — Direktiv 92/50 ..... I - 3719

B — Direktiv 2004/18 ..... I - 3720

III — Bakgrund ..... I - 3721

IV — Det administrativa förfarandet ..... I - 3722

V — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden ..... I - 3722

VI — Parternas huvudsakliga argument ..... I - 3723

VII — Rättslig bedömning ..... I - 3725

A — Upptagande till sakprövning ..... I - 3725

1. Räddningstjänster som blandade tjänster enligt upphandlingsdirektivens systematik ..... I - 3726

2. Omformulering av yrkandena i ansökan ..... I - 3727

3. Slutsatser ..... I - 3730

B — Prövning i sak ..... I - 3730

1. Undantaget enligt artikel 45.1 EG är inte tillämpligt ..... I - 3730

2. Inget stöd i artikel 86.2 EG ..... I - 3736

1 — Originalspråk: tyska.

3. Analys av de nio påtalade upphandlingsförfarandena ..... I - 3739

a) Upphandlingsförfarande hos staden Magdeburg (Sachsen-Anhalt) .. I - 3739

i) Åsidosättande av artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18 ..... I - 3739

ii) Det primärrättsliga diskrimineringsförbudet och den primärrättsliga skyldigheten att lämna insyn har inte åsidosatts ..... I - 3740

— Prövning i sak vid antagande att den grund för talan som avser åsidosättande av primärrätten delvis inte kan upptas till sakprövning ..... I - 3740

— Andrahandsprövning i sak för det fall grunden avseende åsidosättande av primärrätten tas upp till sakprövning i sin helhet ..... I - 3741

Principen om sekundärrättens företräde ..... I - 3742

Bevisning om ett gränsöverskridande intresse vid upphandling av underordnade tjänster ..... I - 3747

iii) Slutsatser ..... I - 3749

b) Tilldelningar av kontrakt i städerna Bonn (Nordrhein-Westfalen) och Witten (Nordrhein-Westfalen), regionen Hannover (Niedersachsen) och Landkreis Hameln-Pyrmont (Niedersachsen) ..... I - 3749

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

d) Upphandlingar hos sammanslutningar av kommunala räddningstjänster i Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) och Vogtland (Sachsen) ..... I - 3752

e) Slutsatser ..... I - 3754

4. Rättsstridig upphandlingspraxis i Förbundsrepubliken Tyskland ..... I - 3754

VIII — Rättegångskostnader ..... I - 3757

IX — Förslag till avgörande ..... I - 3757

I — Inledning

1. Förevarande mål rör en talan om fördragsbrott som kommissionen har väckt enligt artikel 226 EG. Kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster[2] och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster[3] samt principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster (artiklarna 43 EG och 49 EG), genom att inte ha genomfört offentliga upphandlingar respektive inte ha genomfört transparenta upphandlingar av tjänster avseende offentlig räddningstjänst i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen, och genom att inte ha sänt meddelanden om genomförda upphandlingar för publicering.

2 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

3 — EUT L 134, s. 114.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Direktiv 92/50*

2. I artikel 3.2 i direktiv 92/50 föreskrivs att de upphandlande myndigheterna ska säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.

3. I artikel 10 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns såväl i bilaga 1 A som i bilaga 1 B skall, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 A överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 B, upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III–VI. I motsatt fall skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16.”

4. Artikel 16 i direktiv 92/50 har följande lydelse:

”1. Upphandlande myndigheter som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller anordnat formgivningstävling skall sända ett meddelande om

resultatet till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

2. Dessa meddelanden skall publiceras

…”

B — *Direktiv 2004/18*

5. I artikel 2 i direktiv 2004/18 föreskrivs att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

6. Artikel 22 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade såväl i bilaga II A som i bilaga II B skall, om värdet av tjänsterna i bilaga II A överstiger värdet av tjänsterna i bilaga II B, tilldelas enligt bestämmelserna i artiklarna 23–55. I övriga fall skall kontrakten tilldelas enligt artikel 23 och artikel 35.4.”

7. Artikel 35.4 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”En upphandlande myndighet som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller ingått ett ramavtal skall skicka ett meddelande om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts.

…

När det gäller offentliga tjänstekontrakt enligt bilaga II B skall den upphandlande myndigheten i meddelandet ange om den samtycker till att de offentliggörs. För dessa tjänstekontrakt skall kommissionen enligt förfarandet i artikel 77.2 fastställa regler om utarbetande av statistiska rapporter på grundval av meddelandena och om hur rapporterna skall offentliggöras.

…”

med ambulans för sjuktransporter under anpassad medicinsk omvårdnad.

III — Bakgrund

8. I Förbundsrepubliken Tyskland faller lagstiftning om räddningstjänsten under delstaternas kompetens, och delstaterna har utformat denna lagstiftning på olika sätt.

9. I de flesta tyska delstater utförs räddningstjänst enligt ett dubbelt system, där det görs en åtskillnad mellan offentligt utförd räddningstjänst och räddningstjänst som tillhandahålls på grund av tillstånd enligt de delstatliga lagarna om räddningstjänst.

10. Den offentliga räddningstjänsten omfattar i allmänhet såväl akuttransporter som kvalificerade sjuktransporter. Akuttransporter avser transport av personer med livshotande skador eller livshotande tillstånd under anpassad medicinsk omvårdnad, med hjälp av specialutrustade ambulanser avsedda för akuta utryckningar. Sjuktransporter avser transport av personer som är sjuka, skadade eller i övrigt hjälpbehövande utan att vara akutpatienter,

11. Flera delstater har beslutat att överlåta urvalet av tjänsteleverantörer inom offentlig räddningstjänst åt olika regionala eller lokala myndigheter såsom städer, Landkreise (förvaltningsdistrikt, nedan kallade Landkreise) samt sammanslutningar av kommunala räddningstjänster. Dessutom ingår dessa regionala eller lokala myndigheter som regel avtal med enskilda anbudsgivare om tillhandahållande av räddningstjänster inom hela myndigheternas respektive områden. Om tjänsterna utförs direkt av den regionala eller lokala myndigheten betecknas avtalsmodellen som ”upphandlingsmodellen”. Om tjänsterna däremot utförs av uppdragstagaren mot uttagande av avgift direkt hos patienten eller sjukkassan är det fråga om den så kallade ”koncessionsmodellen”.

12. Kommissionen har i sin talan ifrågasatt upphandlingar av tjänstekontrakt avseende offentlig räddningstjänst i delstaterna Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen och Sachsen-Anhalt, där upphandlingsmodellen genomgående har tillämpats. Kommissionen har framför allt anmärkt på att kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektivet avseende offentlig räddningstjänst i dessa delstater som regel inte upphandlas eller upphandlas utan insyn.

IV — Det administrativa förfarandet

13. Efter det att flera klagomål inkommit informerade kommissionen i skrivelse av den 10 april 2006 Förbundsrepubliken Tyskland om att genomförda upphandlingar av avtal med ekonomiska villkor om räddningstjänst i delstaterna Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Sachsen och Sachsen-Anhalt skulle kunna strida mot upphandlingsdirektiven och primärrätten. Samtidigt informerade kommissionen Tyskland om att upphandlingar av koncessioner för offentliga räddningstjänster skulle kunna strida mot principerna om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster. Förbundsrepubliken Tysklands regering anmodades därför att enligt artikel 226 EG inom två månader inkomma med sina synpunkter i anledning av vad kommissionen anfört.

14. Genom skrivelse av den 10 juli 2006 bestred Förbundsrepubliken Tyskland att gemenskapsrätten hade åsidosatts. Utöver detta kan nämnas att det genomfördes en lagändring i Sachsen år 2005 som innebär att räddningstjänster även i den delstaten från och med den 1 januari 2009 ska upphandlas efter inbjudan till anbudsgivning och med beaktande av principen om konkurrens utan diskriminering.

15. Genom skrivelse av den 15 december 2006 avgav kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland. Kommissionen angav däri att Förbundsrepubliken Tyskland hade åsidosatt och fortsatte att åsidosätta sina skyldigheter enligt direktiven 92/50 och 2004/18 och enligt principerna om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster. Kommissionen anmodade därför Förbundsrepubliken Tyskland att inom två månader vidta nödvändiga åtgärder för att följa det motiverade yttrandet.

16. Genom skrivelse av den 22 februari 2007 tillbakavisade Förbundsrepubliken Tyskland på nytt kommissionens ståndpunkter. Enligt Tyskland hade gemenskapsrätten inte åsidosatts i något av de fall som kommissionen hade angett.

V — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

17. Förbundsrepubliken Tyskland rättade sig inte efter det motiverade yttrandet, varför kommissionen den 15 april 2008 väckte talan med stöd av artikel 226 EG.

18. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50/EEG och direktiv 2004/18/EG och enligt principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster (artiklarna 43 EG och 49 EG), genom att inte ha sänt meddelanden om genomförda upphandlingar för publicering samt genom att utan föregående upphandlingsförfarande ha tilldelat offentliga tjänstekontrakt avseende offentlig räddningstjänst, respektive ha genomfört sådana upphandlingar utan att lämna insyn, och

— förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.

19. Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att talan ska ogillas och att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

20. Genom beslut av den 16 december 2008 tillät domstolens ordförande Konungariket Nederländerna att intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden. Konungariket Nederländerna har till stöd för Förbundsrepubliken Tyskland yrkat att kommissionens talan ska ogillas.

VI — Parternas huvudsakliga argument

21. Enligt kommissionens uppfattning har det i olika tyska delstater vid tilldelning av kontrakt avseende offentliga akuttransporter och kvalificerade sjuktransporter etablerats en praxis, varigenom kontrakten tilldelas utan föregående upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå och utan att det har vidtagits åtgärder för att säkerställa en rimlig insyn för lokalt etablerade anbudsgivare.

22. Med hänvisning till nio olika konkreta exempel på upphandlingar i delstaterna Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen och Sachsen-Anhalt gör kommissionen för det första gällande att för respektive upphandling ansvariga städer, Landkreise och sammanslutningar av kommunala räddningstjänster ska anses utgöra upphandlande myndigheter i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. De tilldelade kontrakten avseende offentlig räddningstjänst utgör offentliga kontrakt med ekonomiska villkor. Kontraktens värden i de berörda fallen överstiger klart de ekonomiska tröskelvärden

som är avgörande för om direktiven 92/50 och 2004/18 är tillämpliga.

23. I den mån dessa offentliga kontrakt ingicks före den 31 januari 2006 faller de under direktiv 92/50. Eftersom kontrakten har gällt blandade tjänster skulle upphandling ha skett med iakttagande av bestämmelserna i avdelning III–IV respektive artiklarna 14 och 16 i direktiv 92/50, beroende på huruvida tyngdpunkten låg på värdet av transporttjänsten, eller på den medicinska tjänsten. För de kontrakt som ingicks efter det att fristen för införlivande av direktiv 2004/18 löpte ut finns motsvarande bestämmelser i det direktivet.

24. Med hänsyn till att det i samtliga redovisade exempel är fråga om kontrakt av gränsöverskridande intresse, har Förbundsrepubliken Tyskland även åsidosatt diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

25. De påtalade fallen är enligt kommissionens uppfattning inte enstaka exempel utan vittnar om en upphandlingspraxis som generellt strider mot gemenskapsrätten. Detta bekräftas av det mycket ringa antalet upphandlingsförfaranden på gemenskapsnivå av räddningstjänster och meddelanden om genomförda upphandlingar.

26. Enligt den tyska regeringens uppfattning är det inte tillåtet att, som kommissionen gör, med hänvisning till enstaka upphandlingar i fyra av sexton delstater begära en dom som omfattar all upphandlingspraxis i Förbundsrepubliken Tyskland. För övrigt är vissa påståenden om de faktiska omständigheterna felaktiga.

27. Den tyska regeringen åberopar vidare undantaget enligt artikel 45.1 EG jämförd med artikel 55 EG, enligt vilka artiklar bestämmelserna i EG-fördragets kapitel om etableringsrätt och tjänster inte ska omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt. Så är fallet med de ifrågavarande räddningstjänsterna. Eftersom upphandlingsdirektiven har sin rättsliga grund i dessa båda kapitel i EG-fördraget är direktiven i förevarande fall inte tillämpliga.

28. I andra hand anför den tyska regeringen att de berörda räddningstjänsterna uppfyllde förutsättningarna för en förmånlig ställning enligt artikel 86.2 EG. Undantagsmöjligheten enligt artikel 86.2 EG gäller inte endast konkurrensreglerna utan alla bestämmelser i EG-fördraget. Kommissionens talan ska därför ogillas även på denna grund. Slutligen hänvisar den tyska regeringen till två beslut från Bundesgerichtshof av den 1 december 2008, enligt vilka bestämmelserna om upphandling måste tillämpas även vid upphandling av avtal om tillhandahållande av räddningstjänster.

29. Den nederländska regeringen anser att Förbundsrepubliken Tyskland inte har åsidosatt vare sig upphandlingsdirektiven eller artiklarna 43 EG och 49 EG. De berörda offentliga räddningstjänsterna är att anse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG. Undantaget enligt artikel 86.2 EG gäller även inom området för grundläggande friheter. Den nederländska regeringen nämner även möjligheten att tillämpa undantagen enligt artiklarna 45 EG och 55 EG. Den nederländska regeringen lutar åt uppfattningen att förutsättningarna för att tillämpa dessa undantagsbestämmelser kan vara uppfyllda när det gäller de berörda räddningstjänsterna.

VII — Rättslig bedömning

A — *Upptagande till sakprövning*

30. Särskilt utmärkande för ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG är att det administrativa förfarandet avgränsar vad som är ett tillåtet föremål för talan i domstolsförfarandet. Enligt fast rättspraxis måste det motiverade yttrandet och talan om fördragsbrott vila på samma yrkanden och grunder, så att domstolen inte kan pröva en anmärkning som inte har framställts i det motiverade yttrandet.[4]

31. Detta villkor för upptagande till sakprövning, som innebär att det inte är tillåtet att i en talan utvidga klagomålen i förhållande till vad som anförts i det motiverade yttrandet, har sin grund i kravet att skydda rätten till försvar för den berörda medlemsstaten. Denna ska ha möjlighet att dels fullgöra sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, dels göra invändningar mot klagomål framställda av kommissionen. Dessutom ger villkoret uttryck för den allmänna processuella grundregeln att ett

4 — Se dom av den 26 mars 2009 i mål C-326/07, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-2291), punkt 29, av den 24 juni 2004 i mål C-350/02, kommissionen mot Nederländerna (REG 2004, s. I-6213), punkt 20, av den 11 maj 1989 i mål 76/86, kommissionen mot Tyskland (REG 1989, s. 1021), punkt 8, och av den 7 maj 1987 i mål 186/85, kommissionen mot Belgien (REG 1987, s. 2029), punkt 13 .

domstolsförfarande ska ha ett klart avgränsat tvisteföremål.[5]

32. Enligt min mening har kommissionen vid formuleringen av sitt yrkande i målet på ett otillåtet sätt gått utöver klagomålen så som de formulerades i det motiverade yttrandet. För att klarlägga och avgränsa denna otillåtna utvidgning av talan ska jag först behandla de ifrågavarande räddningstjänsternas plats i upphandlingsdirektivens system. Därefter ska jag klarlägga hur kommissionen i sin ansökan har omformulerat yrkandena i förhållande till det motiverade yttrandet och på vilket sätt denna omformulering har förändrat föremålet för talan.

33. Den omständigheten att Förbundsrepubliken Tyskland inte har gjort någon uttrycklig sakprövningsinvändning är inte avgörande. Eftersom förbudet mot utvidgning av tvisteföremålet utgör en i EG-fördraget avsedd väsentlig garanti, och iakttagandet härav är ett viktigt formellt krav för ett korrekt genomförande av förfarandet vid fastställelse av att en medlemsstat gjort sig skyldig till fördragsbrott[6], kan domstolen fastställa detta ex officio utan någon anmärkning från Förbundsrepubliken Tysklands sida.[7]

1. Räddningstjänster som blandade tjänster enligt upphandlingsdirektivens systematik

34. I såväl direktiv 92/50 som direktiv 2004/18 framgår en distinktion mellan huvudsakliga och underordnade tjänster. De förstnämnda uppräknas i bilaga IA till direktiv 92/50 och den till innehållet motsvarande bilaga IIA till direktiv 2004/18 och omfattar bland annat tjänster på området för landtransporter. De sistnämnda uppräknas i bilaga IB till direktiv 92/50 och den till innehållet motsvarande bilaga IIB till direktiv 2004/18 och omfattar bland annat tjänster på området för hälsovård och socialtjänst. Den viktigaste skillnaden från upphandlingssynpunkt mellan huvudsakliga tjänster i bilagorna IA respektive IIA och underordnade tjänster i bilagorna IB respektive IIB är att respektive upphandlingsdirektiv är tillämpligt fullt ut endast på huvudsakliga tjänster.[8]

5 — Se dom av den 22 mars 2007 i mål C-437/04, kommissionen mot Belgien (REG 2007, s. I-2513), punkt 39 och följande punkt, och domen i målet kommissionen mot Nederländerna (ovan fotnot 4), punkt 18 och följande punkt.

6 — Se bland annat dom av den 27 april 2006 i mål C-441/02, kommissionen mot Tyskland (REG 2006, s. I-3449), punkt 59.

7 — *Argumentum a fortiori* i artikel 92.1 i domstolens rättegångsregler. Se, för ett liknande resonemang, Karpenstein/Karpenstein, i Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, artikel 226 EGV, punkt 82 (supplement 39, juli 2009).

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

För underordnade tjänster föreskrivs endast att bestämmelserna om tekniska definitioner gäller och att de upphandlande myndigheterna ska sända meddelande om upphandlade kontrakt.[9]

35. I förevarande mål är det oomtvistat att de ifrågavarande räddningstjänsterna ska betecknas som blandade tjänster som innehåller såväl huvudsakliga som underordnade delar. Detta framgår också direkt av domen i målet Tögel[10], i vilken transporter av skadade och sjuka i närvaro av en sjukvårdare hänfördes till blandade tjänster enligt artikel 10 i direktiv 92/50.[11] Därvid måste persontransporten betraktas som den huvudsakliga tjänsten, medan den sjukvård som ges under transporten måste ses som en underordnad tjänst.

36. För blandade kontrakt som avser både huvudsakliga och underordnade tjänster tillämpas, enligt artikel 10 i direktiv 92/50 respektive artikel 22 i direktiv 2004/18, respektive upphandlingsdirektivs bestämmelser fullt ut om värdet av de huvudsakliga tjänsterna överstiger värdet av de underordnade. I annat fall ska ett blandat kontrakt behandlas som ett kontrakt avseende underordnade tjänster.

2. Omformulering av yrkandena i ansökan

37. I det motiverade yttrandet hänvisade kommissionen i såväl den rättsliga bedömningen som i de enskilda anmärkningarna uttryckligen till den blandade karaktären hos de ifrågavarande räddningstjänsterna.

38. I det motiverade yttrandet gjorde kommissionen gällande framför allt att de ifrågavarande räddningstjänsterna till övervägande del utgjorde transporttjänster i den mening som avses i bilaga IA till direktiv 92/50 respektive bilaga IIA till direktiv 2004/18, så att Förbundsrepubliken Tyskland vid upphandlingen av dessa kontrakt hade åsidosatt artikel 10 jämförd med avsnitten III–IV i direktiv 92/50 och sedan den 1 februari 2006 artikel 22 jämförd med artiklarna 23–55 i direktiv 2004/18. Om det i något av de anförda fallen skulle vara så att sjukvården, i den mening som avses i bilaga IB

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

10 — Dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel (REG 1998, s. I-5357), punkt 40.

11 — Persontransporter faller under beteckningen ”landtransporter”, i den mening som avses i bilaga IA kategori 2 i direktiv 92/50, respektive bilaga IIA kategori 2 i direktiv 2004/18. Sjukvård faller under beteckningen ”hälsovård och socialtjänst”, i den mening som avses i bilaga IB kategori 25 i direktiv 92/50, respektive bilaga IIB kategori 25 i direktiv 2004/18.

till direktiv 92/50 respektive bilaga IIB till direktiv 2004/18, övervägde, påtalade kommissionen i andra hand ett åsidosättande av artikel 10 jämförd med artikel 16 i direktiv 92/50 och sedan den 1 februari 2006 artikel 22 jämförd med artikel 35.4 i direktiv 2004/18 samt, under alla förhållanden, ett åsidosättande av principerna om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 43 EG och 49 EG och det diskrimineringsförbud som följer av dessa principer.

39. I ansökan varigenom talan väcktes har kommissionen medvetet avstått från att besvara frågan huruvida räddningstjänsterna hade sin tyngdpunkt i persontransport eller i sjukvård. Frågan kan enligt kommissionen numera lämnas därhän, eftersom Tyskland med det påtalade förfarandet i vart fall har åsidosatt såväl sina skyldigheter, enligt artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18, att sända meddelanden om genomförda upphandlingar för publicering som det diskrimineringsförbud som följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

40. Med denna omformulering har kommissionen i sin ansökan utvidgat föremålet för talan på ett otillåtet sätt.

41. I sitt motiverade yttrande intog kommissionen ståndpunkten att det primärrättsliga diskrimineringsförbudet och den primärrättsliga skyldigheten att lämna insyn har åsidosatts endast i fall där sjukvårdsaspekten har övervägt, men utgår i sin talan från ståndpunkten att diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn alltid skulle ha beaktats vid upphandlingarna av räddningstjänsterna i fråga. Detta förutsätter med nödvändighet att diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn kan åsidosättas direkt vid upphandling av räddningstjänster med övervägande transportkaraktär, något som dock inte påtalades vare sig uttryckligen eller underförstått i det motiverade yttrandet.

42. Utvidgningen av föremålet för talan består alltså i att det numera görs gällande att diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, har åsidosatts även vid upphandlingar av blandade räddningstjänster med övervägande transportkaraktär. Förevarande talan kan i den delen inte upptas till sakprövning.

43. Denna slutsats vederläggs inte av det faktum att de i upphandlingsdirektiven föres-

krivna skyldigheterna att genomföra upphandling och att sända meddelande för publicering utgör sekundärrättsliga uttryck för det primärrättsliga diskrimineringsförbudet och den primärrättsliga skyldigheten att lämna insyn, och av att kommissionen därför inte kan sägas med sitt numera på primärrätten grundade yrkande innehållsmässigt ha gått utöver anmärkningarna så som de formulerades i det motiverade yttrandet. Avgörande är nämligen att kommissionen i sin talan påtalar att primärrätten har åsidosatts när det gäller huvudsakliga blandade tjänster, medan kommissionen i det motiverade yttrandet fortfarande påstod att tjänsterna fullt ut omfattades av upphandlingsdirektiven och följaktligen endast påtalade att dessa direktiv hade åsidosatts. På grund därav kunde Förbundsrepubliken Tyskland i det administrativa förfarandet inte ta ställning till frågan huruvida tilldelning av kontrakt, som avser tillhandahållande av räddningstjänster med tyngdpunkt på persontransporter och därför fullt ut omfattas av upphandlingsdirektiven, över huvud taget kan prövas enligt de primärrättsliga kriterierna i form av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn.[12]

44. Om den taleändring som jag har berört skulle upptas till sakprövning skulle detta innebära att Förbundsrepubliken Tysklands rätt till försvar åsidosätts på ett sätt som är oacceptabelt, eftersom Tyskland då skulle fråntas möjligheten att redan under det administrativa förfarandet ta ställning till principfrågan huruvida och i vilken mån kommissionen kan grunda en talan i fråga om upphandling av huvudsakliga blandade tjänster direkt på primärrätten.

45. Här vill jag även påpeka att kommissionen på vissa ställen i sin ansökan tycks vilja påtala ett åsidosättande av artikel 2 i direktiv 2004/18 för att få en motsvarande fastställelsedom mot Förbundsrepubliken Tyskland.[13] Om ansökan ska uppfattas på det sättet kan inte heller detta yrkande upptas till sakprövning, eftersom något åsidosättande av artikel 2 i direktiv 2004/18 inte uttryckligen har påtalats i det motiverade yttrandet.

12 — I sammanhanget uppkommer framför allt frågan huruvida en prövning av tilldelningen av kontrakten i fråga på grundval av det primärrättsliga diskrimineringsförbudet och den primärrättsliga skyldigheten att lämna insyn är förenlig med principen om sekundärrättens företräde och syftet med ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG. Se om detta i punkt 94 och följande punkter ovan.

13 — Under rubriken ”Åsidosättande av artikel 16 i direktiv 92/50/EEG och artikel 35.4 i direktiv 2004/18/EG”, anför kommissionen, i punkt 39 i sin ansökan av den 15 april 2008, att artiklarna 14 och 16 i direktiv 92/50 samt artiklarna 23 och 35.4 i direktiv 2004/18 under alla omständigheter är tillämpliga i förevarande fall. I punkt 40 påtalas sedan att artikel 16 i direktiv 92/50 och artikel 35.4 i direktiv 2004/18 har åsidosatts. I punkt 41 anförs att artikel 3.2 i direktiv 92/50 och artikel 2 i direktiv 2004/18 också är tillämpliga, dock utan uttryckligt påstående att de har åsidosatts och utan ytterligare kommentarer om dessa båda artiklar. I det sammanfattande yrkandet i punkt 72 påtalar kommissionen emellertid att artikel 10 jämförd med artikel 16 i direktiv 92/50 samt artiklarna 2 och 22 jämförda med artikel 35.4 i direktiv 2004/18 har åsidosatts.

3. Slutsatser

46. På grund av det anförda finner jag att förevarande talan om fördragsbrott ska avvisas såvitt därigenom påtalas ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, även i fråga om upphandlingar av räddningstjänster med övervägande transportkaraktär.

47. Om domstolen skulle finna att kommissionen i sin ansökan också har yrkat att det fastställs att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt artikel 2 i direktiv 2004/18 ska det yrkandet också avvisas.

B — *Prövning i sak*

48. Förbundsrepubliken Tyskland bestrider kommissionens fördragsbrottstalan med tre argument. Den tyska regeringen åberopar i första hand undantaget enligt artikel 45 EG alternativt rättfärdigandegrunden enligt artikel 86.2 EG. I andra hand bestrider den tyska regeringen vissa av kommissionens påståenden om de faktiska omständigheterna. I tredje hand bestrider den tyska regeringen kommissionens påstående att det förekommer en praxis som strider mot upphandlingsbestämmelserna.

49. Mot den bakgrunden ska jag vid min prövning först beröra problematiken kring upphandling av kontrakt avseende räddningstjänster, mot bakgrund av artikel 45.1 EG jämförd med artikel 55 EG samt mot bakgrund av artikel 86.2 EG. Därefter kommer jag att närmare pröva de nio upphandlingsförfaranden som kommissionen har anmärkt på. Slutligen ska jag gå in på frågan huruvida resultaten av min prövning medger slutsatsen att det förekommer en praxis som strider mot upphandlingsbestämmelserna.

1. Undantaget enligt artikel 45.1 EG är inte tillämpligt

50. Enligt artikel 45.1 EG jämfört med artikel 55 EG ska de primärrättsliga bestämmelserna om etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än

endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt. Om en viss verksamhet i en medlemsstat är förenad med utövandet av offentlig makt är den alltså undantagen från tillämpningen av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

51. Detsamma måste anses gälla för de bestämmelser i sekundärrätten som har antagits för genomförande av kapitlen om etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster. I den mån sådana sekundärrättsliga rättsakter också reglerar verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt, ska, genom en fördragskonform tolkning av de sekundärrättsliga bestämmelserna, fastställas att dessa bestämmelser inte ska tillämpas på den nämnda verksamheten i den berörda medlemsstaten.[14]

52. Om de akuttransporter och sjuktransporter som utgör föremålet för kontrakten i fråga skulle vara förenade med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.1 EG, skulle kommissionens yrkande om fastställelse av att principerna om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster har åsidosatts ogillas. Eftersom såväl direktiv 92/50 som direktiv 2004/18 har antagits med artiklarna 47.2 EG och 55 EG som rättslig grund, och därmed med utövande av de primärrättsliga behörighetsreglerna i kapitlen om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster, skulle i så fall även den grund för talan som avser åsidosättande av dessa upphandlingsdirektiv ogillas.

53. För mig framstår det emellertid som tveksamt om genomförandet av akuttransporter och sjuktransporter ska anses utgöra en sådan verksamhet enligt artikel 45.1 EG som, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

54. Jag vill för det första påminna om att tolkningen av uttrycket ”utövande av offentlig makt” i den mening som avses i artikel 45.1 EG faller inom gemenskapsrättens område. Gemenskapsrättsliga begrepp ska nämligen i princip inte definieras med utgångspunkt i en eller flera nationella rättsordningar, om inte annat uttryckligen anges.[15]

14 — Se förslag till avgörande av generaladvokat Lenz av den 19 september 1991 i mål C-306/89, kommissionen mot Grekland (REG 1991, s. I-5863), punkt 28. Se även Randelzhofer/Forsthoff, i Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, artikel 45 EGV, punkt 14 (supplement 39, juli 2009).

15 — Se domar av den 18 december 2007 i mål C-314/06, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (REG 2007, s. I-12273), punkt 21, av den 22 maj 2003 i mål C-103/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-5369), punkt 33, och av den 2 april 1998 i mål C-296/95, EMU Tabac m.fl. (REG 1998, s. I-1605), punkt 30.

55. Frågan huruvida en verksamhet är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.1 EG ska därför besvaras på grundval av den gemenskapsrättsliga definitionen av uttrycket offentlig makt i den mening som avses i denna artikel.

56. En förutsättning för att man ska kunna tala om att någon har del i utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 EG är att denne har möjlighet att gentemot medborgarna använda sig av särskilda befogenheter, befogenhet till myndighetsutövning eller befogenhet att utöva tvång.[16]

57. Med hänsyn till de grundläggande friheternas avgörande betydelse för den inre marknaden ska artikel 45.1 EG – i förekommande fall jämförd med artikel 55 EG – såsom ett undantag från principerna om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster tolkas restriktivt.[17] Därför faller inte varje verksamhet inom vars ramar det gentemot medborgarna utövas särskilda befogenheter, befogenhet till myndighetsutövning eller befogenhet att utöva tvång under tillämpningsområdet för undantaget enligt artikel 45.1 EG. Det krävs även att denna delaktighet i utövandet av offentlig makt är tillräckligt omfattande och direkt.

58. Rekvisitet ”utövandet av offentlig makt” i den mening som avses i artikel 45.1 EG förutsätter med andra ord att det är fråga om ett tillräckligt kvalificerat utövande av särskilda befogenheter, befogenhet till myndighetsutövning eller befogenhet att utöva tvång. Denna kvalitativa beskrivning av delaktigheten i myndighetsutövningen har domstolen sammanfattat i kraven att en tillämpning av artikel 45.1 EG – i förekommande fall jämförd med artikel 55 EG – förutsätter att verksamheten är ”direkt” och ”specifikt” förenad med utövandet av offentlig makt.[18]

59. I samband med frågan huruvida verksamheten hos privata säkerhetsföretag i Spanien var förenad med utövandet av offentlig makt, framhöll domstolen i sin dom av den 29 oktober 1998 i målet kommissionen mot Spanien[19], att även om sådana privata säkerhetsföretag i särskilt angivna situationer ska biträda den offentliga ordnings- och säkerhetsmakten rör det sig endast om stödfunktioner. De privata säkerhetsföretagen ansågs

16 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Mayras av den 28 maj 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 665; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309).

17 — Detta restriktiva förhållningssätt bekräftar domstolen i numera fast rättspraxis med hänvisning till att det vid bedömningen av de undantag för etableringsfriheten som föreskrivs i artikel 45 EG ska tas hänsyn till den gemenskapsrättsliga karaktären på de begränsningar av undantagen från etableringsfriheten som medges i denna artikel. Se senast dom av den 22 oktober 2009 i mål C-438/08, kommissionen mot Portugal (REG 2009, s. I-10219), punkt 35.

18 — Se bland annat domen i målet kommissionen mot Portugal (ovan fotnot 17), punkt 36, samt dom av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkt 46, och av den 13 juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen (REG 1993, s. I-4047), punkt 22.

19 — Dom av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-6717), punkt 38 och följande punkt.

därför inte ”direkt och specifikt” ha del i utövandet av offentlig makt. Den lösningen hade generaladvokaten Alber förespråkat i sitt förslag till avgörande i samma mål, med hänvisning till att skillnaden mellan huvudfunktion och stödfunktion inte ska förstås som ett kvantitativt utan som ett kvalitativt kriterium och att det är en gradskillnad mellan de befogenheter som innehas av den offentliga ordnings- och säkerhetsmakten respektive av privata säkerhetsföretag.[20]

60. Domstolen var lika strikt i sin dom av den 22 oktober 2009 i målet kommissionen mot Portugal[21], där den avgjorde att den verksamhet som bedrevs av privata trafikprovningsorgan inte omfattades av undantaget i artikel 45 EG, trots att dessa organ utfärdade godkännanden av kontrollbesiktningar och i detta hänseende utövade offentlig makt. Detta uppfyllde emellertid inte det kvalitativa kriteriet att ”direkt och specifikt” ha del i utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 EG. Därtill påpekade domstolen att beslutet huruvida kontrollbesiktningen skulle godkännas eller inte i huvudsak endast innebar ett konstaterande av resultaten från besiktningen och inte innefattade något självständigt beslutsfattande. Dessutom fattades dessa beslut under direkt statlig övervakning.[22]

61. Före det hade domstolen vid prövningen av huruvida undantaget enligt artikel 45 EG var tillämpligt på revisorer hos försäkringsbolag och privata försäkringsinrättningar slagit fast att uppgifter som enbart är underordnade och förberedande i förhållande till ett organ som utövar offentlig makt genom att fatta det slutliga beslutet inte kan betraktas som verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i denna undantagsbestämmelse.[23]

62. Jag kan sammanfattningsvis konstatera att det enligt numera fast rättspraxis ställs höga kvalitativa krav på vad som ska anses utgöra ”utövande av offentlig makt” i den mening som avses i artikel 45.1 EG, och att

20 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Alber av den 7 maj 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. 6717), punkt 27 och följande punkt. Konstaterandet att verksamheten i privata övervaknings- och bevakningsföretag vanligtvis inte är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt har bekräftats i dom av den 13 december 2007 i mål C-465/05, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-11091), punkt 31 och följande punkter, av den 31 maj 2001 i mål C-283/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4363,) punkt 20 och följande punkter, och av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-1221), punkt 25 och följande punkt.

21 — Ovan fotnot 17.

22 — Vid prövningen av verksamheten hos privata kontrollorgan för ekologiska jordbruksprodukter kom domstolen fram till ett liknande resultat redan i dom av den 29 november 2007 i mål C-404/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-10239), punkt 39 och följande punkter, och i mål C-393/05, kommissionen mot Österrike (REG 2007, s. I-10195), punkt 37 och följande punkter.

23 — Domen i målet Thijssen (ovan fotnot 18), punkt 17 och följande punkter. Se även domen i målet Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (ovan fotnot 18), punkt 44 och följande punkter, rörande viss verksamhet i form av rådgivning och biträde i skattefrågor hos Centri di Assistenza Fiscale i Italien.

försöken att åberopa artikel 45 EG hittills nästan undantagslöst har misslyckats.[24]

63. I förevarande fall torde de som tillhandahåller akuttransporter och sjuktransporter visserligen i begränsad omfattning ha del i utövandet av offentlig makt, dock utan att de kvalitativa kännetecken som krävs för att artikel 45 EG ska kunna tillämpas är för handen.

64. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland är det för det första fråga om delaktighet i utövandet av offentlig makt därför att avtalen i fråga enligt tysk rätt kvalificeras som offentligrättsliga avtal. För det andra framhåller Tyskland de särskilda befogenheterna för räddningstjänsten enligt väglagstiftningen och vägtrafiklagstiftningen, särskilt möjligheten att genom användande av blåljus och siren utfärda förhållningsorder gentemot andra trafikanter som dessa måste iaktta och vilka kan föranleda bötesstraff vid överträdelse. För det tredje anför Tyskland att räddningstjänsten ofta är delaktig när det gäller att organisera räddningstjänsten, fullgöra myndighetsuppgifter på områdena för brandskydd och katastrofskydd, samt understödja polisiärt förebyggande säkerhetsarbete genom att ställa räddningsutrustning till förfogande i myndighetslokaler. Som fjärde punkt framhåller Tyskland att lagstiftningen på delstatsnivå ofta ger möjlighet att förordna räddningstjänstpersonal inom förvaltningen.

65. Dessa argument är inte övertygande.

66. Med sitt första argument förbiser Förbundsrepubliken Tyskland principen att gemenskapsrättsliga begrepp inte ska definieras med utgångspunkt i en eller flera nationella rättsordningar[25]. Det förhållandet att räddningstjänsterna i fråga enligt tysk rätt organiseras offentligrättsligt saknar betydelse för frågan huruvida dessa räddningstjänster faller under tillämpningsområdet för artikel 45 EG.

67. Tyskland har på nästa punkt rätt i att användandet av blåljus och siren innebär att

24 — Se, förutom redan nämnda domar, även dom av den 18 december 2007 i mål C-281/06, Jundt (REG 2007, s. I-12231), punkt 35 och följande punkter, rörande utövande av undervisningsverksamhet på uppdrag av ett universitet.

25 — Se punkt 53 och följande punkt ovan.

räddningstjänsten har särskilda befogenheter. Rent konkret torde dessa befogenheter dock inte ha den intensitet som enligt fast rättspraxis krävs för att artikel 45 EG ska vara tillämplig. Det är nämligen uteslutande fråga om dels befogenheten att utrusta räddningstjänstens fordon och förse dem med blåljus och siren, dels befogenheten att vid brukandet av dessa fordon i trafik under vissa förutsättningar göra anspråk på rätt till företräde framför andra trafikanter, varvid bötesstraff kan komma i fråga för trafikanter som inte åtlyder anvisningarna. Dessa relativt svagt utpräglade befogenheter uppfyller enligt min mening inte de högt ställda kvalitativa kraven på vad som utgör utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 EG.

68. Den tyska regeringens argument om räddningstjänstens delaktighet när det gäller räddningstjänstens organisation, brandskyddet och katastrofskyddet samt dess skyldighet att tillhandahålla myndigheter räddningsutrustning är inte heller övertygande. Jag vill för det första påpeka att tillhandahållandet av räddningsutrustning som stöd åt myndigheter måste betraktas som en ren stödfunktion och förberedande verksamhet som enligt ovan berörd rättspraxis inte utgör en direkt delaktighet i utövandet av offentlig makt. Även om Tysklands exempel avseende räddningstjänstens deltagande i organiserandet av räddningstjänsten samt i brand- och katastrofskyddet[26] skulle anses vara mer långtgående än rena stödfunktioner och förberedande verksamheter, uppfyller de ändå inte de ovan berörda höga kvalitativa kraven på vad som utgör utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 EG.

69. Argumentet att lagstiftningen på delstatsnivå ofta ger möjlighet att förordna räddningstjänstpersonal inom förvaltningen är inte hållbart redan av det skälet att det av domstolens fasta rättspraxis följer att en utvidgning av undantaget enligt artiklarna 45 EG och 55 EG till ett yrke i sin helhet inte är möjlig om den verksamhet som eventuellt är förenad med utövande av offentlig makt går att särskilja från den ifrågavarande förvärvsverksamheten i sin helhet.[27]

70. På grund av det anförda finner jag att den ifrågavarande verksamheten med tillhandahållande av räddningstjänster inte är direkt

26 — Tyskland anför som exempel på uppgifter som utförs av räddningstjänsten utrymningar, säkerhetsåtgärder och avspärrningar i akuta situationer samt, mer generellt, deltagandet i planering, organisation och administration av räddningstjänsten, och som exempel på räddningstjänstens befogenheter därvidlag befogenheten att ålägga tredje man informations- eller underrättelseskyldighet samt befogenheten att besluta om insatser från andra myndigheter.

27 — Domarna i målen kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 22), punkt 47, och kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 22), punkt 45.

och specifikt förenad med utövande av offentlig makt. Undantaget enligt artikel 45 EG är följaktligen inte tillämpligt i förevarande fall.

2. Inget stöd i artikel 86.2 EG

71. Med hänvisning till domen i målet Ambulanz Glöckner[28] anför Förbundsrepubliken Tyskland alternativt att räddningstjänster ska anses utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG, varvid rättfärdigandegrunden enligt denna bestämmelse utan begränsningar kan tillämpas på området för etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

72. Detta argument övertygar inte mig.

73. Jag ger Tyskland rätt såtillvida som att domstolen, i domar av den 23 oktober 1997 i målet kommissionen mot Nederländerna[29] och av den 18 juni 1998 i målet Corsica Ferries France[30], har förklarat att rättfärdigandegrunden enligt artikel 86.2 EG är tillämplig även i fråga om statliga åtgärder som är oförenliga med EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och frihet att tillhandahålla tjänster, och att domstolen därmed har bekräftat att artikel 86.2 EG kan tillämpas i samband med de grundläggande friheterna för att motivera överträdelser av artikel 86.1 EG.[31]

74. Med hänsyn till den senare utvecklingen av domstolens rättspraxis uppkommer dock till att börja med frågan huruvida domarna i målen kommissionen mot Nederländerna och Corsica Ferries France kan anses ha obegränsad giltighet på alla punkter. Enligt senare rättspraxis innebär nämligen det förhållandet att en verksamhet med hänsyn till dess konkreta utformning faller utanför tillämpningsområdet för konkurrensreglerna inte nödvändigtvis att den inte heller omfattas av bestämmelserna angående fri rörlighet.[32]

75. Frågan är därför om inte en omprövning borde ske av rättspraxis, enligt domarna i

28 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089).

29 — Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna (REG 1997, s. I-5699), punkt 27 och följande punkter.

30 — Dom av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkt 59.

31 — Se, för ett liknande resonemang, Mestmäcker/Schweitzer i Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, fjärde upplagan, München 2007, artikel 86.2 EGV, punkt 42, Pernice/Wernicke, i Grabitz/Hilf, a. a. (ovan fotnot 14), artikel 86 EGV, punkt 53.

32 — Dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union (REG 2007, s. I-10779), punkt 53. Se även dom av den 18 juli 2006 i mål C-519/04 P, Meca-Medina (REG 2006, s. I-6991), punkterna 31–34.

målen kommissionen mot Nederländerna och Corsica Ferries France, enligt vilken artikel 86.2 EG är tillämplig inom området för grundläggande friheter, särskilt som detta tycks ha varit uteslutet enligt domstolens äldre rättspraxis.[33]

76. Jag behöver dock inte gå in ytterligare på frågan i detta mål. Förbundsrepubliken Tyskland har nämligen inte lyckats påvisa att förutsättningarna för tillämpning av artikel 86.2 EG är uppfyllda.

77. En medlemsstat som åberopar artikel 86.2 EG ska visa att villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda.[34]

78. Enligt artikel 86.2 EG måste i förevarande fall visas att räddningstjänsterna i fråga ska kvalificeras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, att en ändring av påtalad upphandlingspraxis till en praxis som överensstämmer med gemenskapsrätten rättsligt eller i praktiken hindrar att tjänsterna tillhandahålls, samt att utvecklingen av handeln inte påverkas av påtalad praxis i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

79. Medan det torde vara oomstritt att akuttransporter utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG[35], åligger det fortfarande Förbundsrepubliken Tyskland att i målet visa att påtalad upphandlingspraxis är absolut nödvändig och att uppgiften att tillhandahålla räddningstjänsterna i fråga alltså inte kan säkerställas med andra medel som ligger mer i linje med gemenskapsrätten.

80. I dessa avseenden har Tyskland endast anfört att en integrering av ständigt nya leverantörer av räddningstjänster i ett regionalt system för räddningstjänst kan försvåra eller förhindra korssubventionering mellan tättbebyggda områden, där tillhandahållandet av räddningstjänster snarast är lönsamt, till förmån för områden med mindre befolkningstäthet där lönsamheten är mycket mindre. Därtill kommer att nuvarande upphandlingspraxis är nödvändig till skydd för i

33 — Dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil m.fl. (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633), punkt 19.

34 — Se dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815), punkt 101.

35 — Se bland annat domen i målet Ambulanz Glöckner (ovan fotnot 28), punkt 55.

Tyskland verksamma medlemsorganiserade hjälporganisationer som är skyldiga att delta i katastrofhjälp. Det är endast tack vare dessa organisationer som det är möjligt att i katastrofsituationer få hjälp av ett stort antal frivilliga från lokalbefolkningen. Dessa frivilliga hjälparbetare måste ha möjlighet att regelbundet skaffa sig praktisk erfarenhet.

81. Till bemötande av argumentet om korssubventionering har kommissionen i sin replik anfört att påståendet att räddningstjänstorganisationen behöver korssubventionering för att höja lönsamheten i mindre lönsamma områden inte är ett argument mot att upphandla räddningstjänster i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Skillnaderna vad gäller lönsamhet mellan olika distrikt skulle kunna avhjälpas med en högre ersättning till mindre lönsamma distrikt. En annan möjlighet är att göra en kombinerad upphandling av akuta räddningstjänster och sjuktransporter för geografiskt förändrade områden som innefattar såväl lönsamma som mindre lönsamma distrikt.

82. Tyskland har i sin duplik inte gjort gällande att dessa alternativ med hänsyn till de faktiska eller rättsliga förutsättningarna skulle kunna försvåra eller omöjliggöra uppgiften att tillhandahålla akuttransporter. Påståendet att påtalad upphandlingspraxis är nödvändig på grund av korssubventioneringen är därför inte tillräckligt underbyggt och ska tillbakavisas.

83. Detsamma gäller argumentet om det stora antalet frivilliga hjälparbetare. På den punkten har kommissionen som ett alternativ som skulle överensstämma med upphandlingsbestämmelserna pekat på möjligheten att vid upphandlingen beakta den lokala tillgängligheten som ett kriterium. Inte heller detta alternativ har Förbundsrepubliken Tyskland närmare bemött i sin duplik.

84. På grund av det anförda anser jag att Förbundsrepubliken Tyskland inte har fullgjort sin skyldighet att visa att den upphandlingspraxis i fråga om räddningstjänster som har påtalats i målet uppfyller rekvisiten i artikel 86.2 EG. Tysklands åberopande av

artikel 86.2 EG ska därför tillbakavisas redan av det skälet

räddningstjänster. Tjänsteföremålet skulle vara tillhandahållande av fordon och personal för räddningstjänst och kvalificerade sjuktransporter under perioden 2007–2011, och värdet av kontraktet uppgick till mer än 7 miljoner euro per år. Något upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå ska inte ha tillämpats.

3. Analys av de nio påtalade upphandlingsförfarandena

87. Denna redogörelse för omständigheterna har inte bestritts av Förbundsrepubliken Tyskland.

85. Kommissionen har påtalat nio upphandlingsförfaranden avseende räddningstjänster i fyra olika delstater. På grundval av dessa fall vill kommissionen få fastställt att det förekommer en rättsstridig upphandlingspraxis i Förbundsrepubliken Tyskland. Eftersom en rättsstridig praxis kan föreligga endast i den mån gemenskapsrätten konkret har åsidosatts inom ramen för genomförandet av enskilda påtalade upphandlingsförfaranden, ska jag först pröva huruvida och i vilken mån det kan slås fast att de bestämmelser och principer som kommissionen har åberopat har åsidosatts i enskilda fall.

88. Vid denna upphandling har Förbundsrepubliken Tyskland enligt kommissionen åsidosatt artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18, liksom diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

a) Upphandlingsförfarande hos staden Magdeburg (Sachsen-Anhalt)

i) Åsidosättande av artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18

86. Enligt kommissionens uppgifter har staden Magdeburg som upphandlande myndighet i oktober månad 2005 genomfört ett så kallat ”tillståndsförfarande” för upphandling av avtal med ekonomiska villkor avseende

89. Jag ger kommissionen rätt såtillvida som att staden Magdeburgs påtalade upphandling i vart fall har inneburit att artikel 16 i

direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18 har åsidosatts.

har varit värdemässigt övervägande hos de berörda räddningstjänsterna.

ii) Det primärrättsliga diskrimineringsförbudet och den primärrättsliga skyldigheten att lämna insyn har inte åsidosatts

90. Enligt kommissionens obestridda redogörelse har staden Magdeburg som upphandlande myndighet i den mening som avses i upphandlingsdirektiven med tjänsteleverantörer slutit skriftliga avtal med ekonomiska villkor om tillhandahållande av räddningstjänster vars uppskattade värde överstiger tröskelvärdena i direktiv 92/50 respektive direktiv 2004/18. Det kan visserligen inte fastställas exakt vid vilken tidpunkt som upphandlingsrättsligt relevanta händelser har ägt rum – enligt kommissionens uppgifter genomfördes förfarandet i oktober månad 2005 – och följaktligen inte heller huruvida de tilldelade kontrakten helt eller delvis ska prövas enligt direktiv 92/50 eller helt eller delvis ska prövas enligt direktiv 2004/18.[36] Avsaknaden av närmare uppgifter om kronologin i upphandlingsförfarandet innebär emellertid inte att överträdelsen av upphandlingsrätten kan förnekas. Enligt såväl direktiv 92/50 som direktiv 2004/18 skulle staden Magdeburg nämligen ha iakttagit skyldigheten att sända meddelande om genomförda upphandlingar för publicering (artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18). Denna skyldighet gäller oberoende av om transportkomponenten eller sjukvårdskomponenten

— Prövning i sak vid antagande att den grund för talan som avser åsidosättande av primärrätten delvis inte kan upptas till sakprövning

91. Som jag redan har anfört vid behandlingen av sakprövningsförutsättningarna ska förevarande talan avvisas såvitt den avser yrkande om fastställelse att det även i fråga om upphandlingar av räddningstjänster med tyngdpunkt på persontransporter har förekommit ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.[37]

92. Grunden som avser att nämnda primärrättsliga principer har åsidosatts kan alltså upptas till sakprövning endast såvitt

36 — Rättsläget vid den tidpunkt då handlingen ska företas eller underlåtas är avgörande. Se Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, punkt 416. Se även dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8377), punkt 38 och följande punkter.

37 — Se punkt 29 och följande punkter ovan.

därigenom påtalas upphandling av räddningstjänster med tyngdpunkt på sjukvård.

93. För att talan ska kunna bifallas på denna sålunda avgränsade grund måste kommissionen för det första visa att föremålet för de påtalade upphandlingsförfarandena har varit räddningstjänster med tyngdpunkt på sjukvård. Detta har kommissionen, i förevarande mål, varken visat eller ens påstått. Kommissionen anser att det kan lämnas därhän huruvida tjänsterna i fråga har sin tyngdpunkt i persontransport eller sjukvård.

94. Eftersom det i mål om fördragsbrott enligt artikel 226 EG åligger kommissionen att bevisa det påstådda fördragsbrottet och förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger[38], och då kommissionen enligt ovanstående konstaterande inte har fullgjort denna bevis- och åberopsbörda, ska talan, avseende grunden åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, ogillas i den del den kan tas upp till sakprövning.

— Andrahandsprövning i sak för det fall grunden avseende åsidosättande av primärrätten tas upp till sakprövning i sin helhet

95. Om domstolen med bortseende från mitt förslag skulle finna att grunden avseende åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, ska tas upp till sakprövning i dess helhet, ska grunden också prövas materiellt i sin helhet.

96. Som utgångspunkt för en sådan sakprövning kan jag konstatera att frågan huruvida räddningstjänsterna i fråga har tyngdpunkten i persontransport eller i sjukvård av kommissionen medvetet har lämnats öppen. På grund därav går det inte att fastslå huruvida upphandlingsdirektiven äger tillämpning fullt ut på dessa räddningstjänster såsom blandade tjänster i den mening som avses i

38 — Se dom av den 29 oktober 2009 i mål C-246/08, kommissionen mot Finland (REG 2009, s. I-10605), punkt 52, av den 6 oktober 2009 i mål C-438/07, kommissionen mot Sverige (REG 2009, s. I-9517), punkt 49, och av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777), punkt 33.

direktiv 92/50 respektive direktiv 2004/18[39] och huruvida räddningstjänsterna därför måste upphandlas med iakttagande av de förfaranden som föreskrivs i direktiven. Kommissionen har försökt kringgå detta problem genom att i sin talan schablonmässigt påtala ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

Principen om sekundärrättens företräde

97. Till följd av att kommissionen har intagit denna taktiska processuella ståndpunkt uppkommer i målet ändå den principiella frågan huruvida kommissionen, om den yrkar att det fastställs att en medlemsstats agerande strider mot såväl primärrätten som fullt ut mot direktiv 92/50 respektive direktiv 2004/18, inom ramen för ett förfarande enligt artikel 226 EG fritt kan avgöra huruvida talan ska grundas på primärrätten eller på upphandlingsdirektiven. Den frågan ska jag behandla i det följande, med hänvisning till principen om sekundärrättens företräde och med beaktande av syftet med förfarandet enligt artikel 226 EG.

98. Därefter ska jag gå in på de stränga krav enligt primärrätten som enligt nyare rättspraxis gäller för bevisning av ett gränsöverskridande intresse vid upphandling av underordnade tjänster samt redovisa vilka slutsatser som kan dras av denna rättspraxis i förevarande mål.

99. Enligt fast rättspraxis innebär principen om sekundärrättens företräde att nationella bestämmelser inom ett område där det har skett en uttömmande harmonisering på gemenskapsnivå ska bedömas mot bakgrund av den sekundära rättsakten och inte mot bakgrund av bestämmelserna i EG-fördraget.[40]

100. I förevarande mål påtalar kommissionen på primärrättsnivån i huvudsak ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

39 — Se punkt 33 och följande punkter ovan.

40 — Se dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), punkt 64.

101. Enligt fast rättspraxis syftar den primärrättsliga principen om likabehandling på området för offentlig upphandling till att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet.[41] Med principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet följer en skyldighet att lämna insyn, som syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att sådan offentlighet föreligger att upphandlingen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.[42]

102. Dessa principer i primärrätten om likabehandling och säkerställande av tillräcklig insyn har i direktiven 92/50 och 2004/18 harmoniserats i största möjliga utsträckning, genom mycket detaljerade bestämmelser om olika skyldigheter i fråga om information, underrättelser och publicering. Dessa sekundärrättsliga skyldigheter att lämna insyn kännetecknas av en detaljerad harmonisering som på vissa punkter kan sägas innebära en fullständig harmonisering.[43]

103. Mot bakgrund av sekundärrättens företräde uppkommer därmed frågan, i målet, huruvida kommissionen kan göra gällande att det primärrättsliga diskrimineringsförbudet och den därav härledda skyldigheten att lämna insyn har åsidosatts, trots att upphandlingsdirektiven äger tillämpning fullt ut på upphandlingsförfarandet när tyngdpunkten hos tjänsterna ligger på transporten[44], och trots att diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av

41 — Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 48.

42 — Dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset (REG 2009, s. I-9913), punkt 49, och av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 21. Angående detta förhållande mellan diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, se domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 38), punkt 30 och följande punkt, dom av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-619), punkt 66, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkt 17 och följande punkt, och av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkt 60 och följande punkter.

43 — Det anses i allmänhet att direktiv 92/50 och direktiv 2004/18 inte syftar till en fullständig harmonisering i fråga om upphandlingar av kontrakt som faller under direktivens tillämpningsområden. Detta framgår redan av direktivens titlar, där det talas om ”samordning” av upphandlingsförfarandena. Den omständigheten att direktiven syftar till en minimiharmonisering utesluter dock inte att det på vissa punkter ändå sker en uttömmande harmonisering. Då de bestämmelser i direktiven som gäller för information, underrättelser och publicering i de enskilda upphandlingsförfarandena är mycket detaljerade, är det särskilt på det området mycket svårt att dra en gräns mellan vad som är en detaljerad minimiharmonisering och en uttömmande fullständig harmonisering. Som generaladvokat Mazák riktigt uttalade i sitt förslag till avgörande av den 22 september 2009 i mål C-299/08, punkt 12 och följande punkter, och som domstolen bekräftade i sin dom av den 10 december 2009 i mål, C-299/08, kommissionen mot Frankrike (REG 2009, s. I-11587), punkt 28 och följande punkter, är i vart fall uppräkningen av förfarandena i artikel 28 i direktiv 2004/18 att anse som uttömmande. Av det följer att åtminstone vissa av de bestämmelser som gäller för dessa förfaranden ska ses som uttryck för en fullständig harmonisering.

44 — Om kommissionen däremot hade visat att räddningstjänsterna ska behandlas som kontrakt om tilldelning av underordnade tjänster för vilka upphandlingsdirektiven gäller endast delvis skulle det – om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse – enligt fast rättspraxis vara möjligt att tillämpa de principer som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG. Se bland annat domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 38), punkt 29 och följande punkt.

etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, i dessa upphandlingsdirektiv har varit föremål för en detaljerad och på vissa områden till och med fullständig harmonisering.

104. Frågan har hittills inte fått ett definitivt svar i domstolens rättspraxis.

105. Det står klart att sekundärrättens företräde utesluter att rättfärdigandegrunder i primärrätten åberopas som skäl för ingrepp i grundläggande friheter såvida ingreppet gäller ett område på vilket rättfärdigandegrunderna har varit föremål för uttömmande harmonisering.[45] Omvänt kan en nationell bestämmelse genom vilken en medlemsstat fullgör sina skyldigheter enligt en sekundärrättslig rättsakt inte anses utgöra ett åsidosättande av en grundläggande frihet.[46] Det skulle nämligen utgöra ett ifrågasättande av sekundärrättens tillämplighet om något som är tillåtet enligt primärrätten kunde strida mot ett förbud enligt sekundärrätten eller om något som påbjuds enligt sekundärrätten skulle kunna ställas mot ett förbud enligt primärrätten.[47]

106. Även om det i flera förhandsavgöranden har bekräftats att nationella åtgärder inte ska bedömas mot bakgrund av de grundläggande friheterna såvida en uttömmande sekundärrättslig reglering föreligger[48], är det fortfarande oklart huruvida ett åsidosättande av de grundläggande friheterna inte heller kan påtalas inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande när det påtalade agerandet samtidigt innebär eller kan innebära ett åsidosättande av sekundärrättsliga bestämmelser genom vilka det område som omfattas av dessa grundläggande friheter har fullständigt harmoniserats.[49]

107. Enligt min mening kan ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av

45 — Dom av den 24 mars 2009 i mål C-445/06, Danske Slagterier (REG 2009, s. I-3457), punkt 25, av den 11 juli 1996 i de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl. (REG 1996, s. I-3457), punkt 25, av den 30 november 1983 i mål 227/82, Van Bennekom (REG 1983, s. 3883), punkt 35, och av den 5 oktober 1977 i mål 5/77, Tedeschi (REG 1977, s. 1555), punkt 33 och följande punkter.

46 — Se domen i målet Deutscher Apothekenverband (ovan fotnot 40) punkt 52 och följande punkter.

47 — Se, för ett liknande resonemang, Randelzhofer/Forsthoff i Grabitz/Hilf, a. a. (ovan fotnot 14), artiklarna 39–55 EGV, punkt 149.

48 — Vägledande avgörande är dom av den 12 oktober 1993 i mål C-37/92, Vanacker och Lesage (REG 1993, s. I-4947). Se även dom av den 17 april 2007 i mål C-470/03, AGM-COS.MET (REG 2007, s. I-2749), punkt 50 och följande punkter, av den 13 januari 2005 i mål C-145/02, Denkavit (REG 2005, s. I-51), punkt 22 och följande punkter, av den 14 december 2004 i mål C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft (REG 2004, s. I-11763), punkt 52 och följande punkter, och av den 13 december 2001 i mål C-324/99, Daimler Chrysler (REG 2001, s. I-9897), punkt 32 och följande punkter.

49 — För en begränsning av de grundläggande friheternas räckvidd genom fullständigt harmoniserade sekundärrättsliga rättsakter, se Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* (utgiven av Calliess, C./Ruffert, M.), tredje upplagan, 2007, artiklarna 28–30 EGV, punkt 18.

etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, inte längre påtalas direkt inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande, om det påtalade agerandet samtidigt innebär ett åsidosättande av en fullständigt harmoniserad sekundärrättslig rättsakt. Det skulle kraftigt undergräva tillämpningen av sekundärrätten om kommissionen i sådana fall skulle ha möjlighet att välja mellan att anmärka på antingen ett åsidosättande av den grundläggande friheten eller de fullständigt harmoniserade sekundärrättsliga bestämmelserna.

108. För fullständigt harmoniserade sekundärrättsliga rättsakter gäller att medlemsstaterna inte får vare sig överskrida eller underskrida de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Fullständigt harmoniserade bestämmelser har mot den bakgrunden i princip en mycket konkret utformning. Om ett område som omfattas av en grundläggande frihet görs till föremål för en fullständig harmonisering är det närmast uteslutet att primärrätten och sekundärrätten ålägger medlemsstaterna exakt samma skyldigheter. Sekundärrättens bestämmelser uttrycker nämligen de grundläggande friheterna i konkreta rättigheter och skyldigheter. De primärrättsliga bestämmelserna däremot är mycket mer allmänt hållna och kan därför i princip följas på olika sätt. Denna skillnad i bestämmelsernas djup leder med nödvändighet till ett materiellt spänningsförhållande mellan primärrätten och den fullständigt harmoniserade sekundärrätten, särskilt mellan vad som är ”tillåtet enligt primärrätten” och ”förbjudet enligt sekundärrätten” eller omvänt.

109. I den redan berörda rättspraxis enligt vilken primärrättsliga rättfärdigandegrunder inte är tillämpliga såvida de har varit föremål för en fullständig harmonisering upplöses detta spänningsförhållande mellan vad som är ”tillåtet enligt primärrätten” och ”förbjudet enligt sekundärrätten” till förmån för de sekundärrättsliga förbuden, vilka alltså ges företräde vid tillämpningen. Med en motsvarande intresseavvägning måste även det generella spänningsförhållandet mellan å ena sidan de innehållsmässigt mer abstrakta och mindre detaljerade grundläggande friheterna enligt primärrätten och å andra sidan en på dessa grundad, innehållsmässigt starkt konkret och detaljerad fullständigt harmoniserad sekundärrättslig rättsakt upplösas till förmån för den sekundärrättsliga rättsakten.[50] Detta har domstolen numera också vid begäran om förhandsavgöranden bekräftat i fast rättspraxis.[51]

50 — I domen i målet Danske Slagterier (ovan fotnot 45), punkt 18 och följande punkter, bekräftades visserligen möjligheten för enskilda att åberopa rätten att fritt omsätta varor trots förekomsten av två harmoniseringsdirektiv, men domstolen uttalade sig med denna dom inte mot sekundärrättens företräde i den mening som här avses. Som jag påpekade i mitt förslag till avgörande av den 4 september 2008 i det målet (punkt 82), kan man inte anta att gemenskapslagstiftaren genom berörda direktiv även avsett att utforma unionsmedborgarnas rättigheter och därmed hindra dem från att åberopa deras rätt att fritt omsätta varor enligt artikel 28 EG.

51 — Se härom de ovan i fotnot 48 redovisade domarna.

110. Med hänsyn till det anförda kan kommissionen, om den vill att det ska fastställas att en medlemsstats agerande strider mot såväl primärrättsliga bestämmelser som därpå grundad fullständigt harmoniserad sekundärrätt, i ett fördragsbrottsförfarande inte begränsa sig till att schablonmässigt göra gällande att primärrätten har åsidosatts.

111. Detsamma bör gälla i ett fall som det förevarande, där det görs gällande ett åsidosättande av det ur etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster härledda diskrimineringsförbudet och den därmed följande skyldigheten att lämna insyn, trots att upphandlingsdirektiven är tillämpliga fullt ut och trots att just skyldigheten att lämna insyn i dessa direktiv regleras i detalj och på vissa punkter uttömmande. På grund av att den sekundärrättsliga skyldigheten att lämna insyn i upphandlingsdirektiven är mycket konkret uppkommer nämligen även här ett spänningsförhållande mellan vad som är ”tillåtet enligt primärrätten” och ”förbjudet enligt sekundärrätten” eller omvänt, och det problemet måste i enlighet med det redan anförda lösas till förmån för de sekundärrättsliga bestämmelserna.[52]

112. Mot denna bakgrund kan kommissionen i ett fall som det förevarande inte begränsa sig till att schablonmässigt göra gällande ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

113. Denna slutsats vinner stöd, vid en närmare analys av syftet med ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG. Förfarandet har i huvudsak en objektivt rättslig funktion, nämligen att åstadkomma ett likformigt genomförande och säkerställande av gemenskapsrätten.[53] Syftet med ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG är alltså inte att bestraffa en medlemsstat. Ett konstaterande att ett visst agerande eller förhållande strider mot gemenskapsrätten har inget egenvärde utan ska främst skapa klarhet

52 — Jag vill i sammanhanget erinra om att det vid en minimiharmonisering föreskrivs vilken minimistandard som medlemsstaterna ska uppnå. Om det enligt denna minimistandard ställs upp strikta regler om förfarandet och om frister som ska iakttas för säkerställande av likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn, kan det uppstå ett spänningsförhållande till primärrätten som inte är mindre starkt än i fallet med en fullständig harmonisering.

53 — Gaitanides, C., i von der Groeben, H., Schwarze, J. (utgivare), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, sjätte upplagan., Baden-Baden 2003, artikel 226 EG, punkt 2. Se även Rengeling, H.W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, andra upplagan, München 2003, § 6 punkt 2.

i huruvida och i vilken omfattning det föreligger en situation som strider mot gemenskapsrätten. Domstolens konstaterande att en medlemsstat har gjort sig skyldig till ett fördragsbrott ska samtidigt göra det möjligt att avgöra vilka åtgärder som måste vidtas för att åstadkomma eller återställa ett tillstånd som är förenligt med gemenskapsrätten.[54]

114. Om det i ett mål som det förevarande generellt skulle fastslås, att Förbundsrepubliken Tyskland med de påtalade tilldelningarna har åsidosatt det primärrättsliga diskrimineringsförbudet och den primärrättsliga skyldigheten att lämna insyn, utan att det klarades ut huruvida de blandade tjänster som är i fråga har tyngdpunkten på huvudsakliga tjänster så att upphandlingsdirektiven är tillämpliga fullt ut, skulle det inte gå att efteråt med säkerhet avgöra vilka åtgärder som måste vidtas för att åstadkomma eller återställa ett tillstånd som är förenligt med gemenskapsrätten. Om räddningstjänsterna nämligen fullt ut faller under upphandlingsdirektiven skulle det inte vara tillräckligt att iaktta den materiellt mindre starkt detaljerade och konkretiserade primärrättsliga skyldigheten att lämna insyn för att uppfylla de mycket detaljerade bestämmelserna enligt upphandlingsdirektiven.[55]

115. Mot denna bakgrund finner jag att de av kommissionen påtalade kontraktstilldelningarna i staden Magdeburg- med hänsyn till sekundärrättens företräde och syftet med fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 226 EG- inte kan prövas i förhållande till diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

Bevisning om ett gränsöverskridande intresse vid upphandling av underordnade tjänster

116. Rent inhemska situationer omfattas principiellt inte av tillämpningsområdet för de grundläggande friheterna. Kommissionen

54 — Se Gaitanides, C., a. a. (ovan fotnot 53), punkt 12, enligt vilken det i förfaranden enligt artikel 226 EG inte är fråga om vare sig medlemsstatens ansvarighet i den mening som avses i den allmänna folkrätten eller ett fördömande utan ett objektivt konstaterande att en viss situation föreligger. Förfarandet har en ren ordningsfunktion och syftar till att tvinga en medlemsstat att upphöra med pågående överträdelser av fördraget. Att den felande staten kritiseras utgör en sidoeffekt men aldrig själva syftet med förfarandet.

55 — Skyldigheten att lämna insyn innebär visserligen enligt fast rättspraxis en skyldighet till förmån för potentiella anbudsgivare att säkerställa en rimlig grad av offentlighet men inte nödvändigtvis en skyldighet att inleda en anbudsinfordran, se dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant (REG 2008, s. I-1857), punkt 25, samt Coname (ovan fotnot 42), punkt 21. I detta sammanhang påpekar Egger, A., a. a. (ovan fotnot 36), punkt 147 och följande punkter, att primärrättens bestämmelser ger medlemsstaterna ett större spelrum än vad upphandlingsdirektiven tillåter. Författaren påpekar helt riktigt att det inte bara är fråga om att prövningen har en annan omfattning, utan primärrättens bestämmelser är också mer allmänt hållna och därmed mindre strikta och detaljerade. Se I.J. van den Berge, *"De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies", NTER* 2005, s. 241, 243, som anser att artiklarna 28, 43 och 49 EG knappast medger något allmängiltigt konstaterande i fråga om vilken skyldighet att lämna insyn som ska iakttas.

måste därför när den påtalar ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, förebringa bevisning om att det föreligger ett gränsöverskridande intresse i samband med upphandlingsförfarandet i fråga.

117. I sin dom av den 13 november 2007, i målet kommissionen mot Irland[56], framhöll domstolen, i fråga om upphandling av tjänster som omfattas av bilaga 1 B till direktiv 92/50, att sådana tjänster visserligen omfattas av principerna i EG-fördraget om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster, men att det ankommer på kommissionen att visa att det aktuella kontraktet har varit av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det är inte tillräckligt för kommissionen att enbart ange att den har mottagit ett klagomål avseende det aktuella kontraktet för att visa att kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse och följaktligen konstatera att fördragsbrott föreligger.[57]

118. Att det görs en så strikt prövning av förekomsten av ett gränsöverskridande intresse vid upphandling av underordnade tjänster kan åtminstone delvis förklaras med att tjänstekontrakt förtecknade i bilaga 1 B till direktiv 92/50 respektive bilaga 2 B till direktiv 2004/18 enligt gemenskapslagstiftarens uppfattning *a priori* inte har ett gränsöverskridande intresse. För denna kategori av tjänster föreskrivs därför i direktiven 92/50 och 2004/18 endast publicering i efterhand.[58]

119. Eftersom det i ett fördragsbrottsförfarande åligger kommissionen att förse domstolen med de uppgifter som behövs för prövningen av fallet, kan kommissionen inte kringgå primärrättens stränga krav på bevisning om ett gränsöverskridande intresse, som gäller vid upphandling av blandade tjänster med övervägande underordnade inslag, genom att medvetet lämna öppet hur de ifrågavarande blandade tjänsterna ska betraktas i upphandlingssammanhang. Därför åligger det även i ett fall som det förevarande kommissionen att visa att det föreligger ett gränsöverskridande intresse vid upphandlingen av tjänsterna i fråga i enlighet med de stränga krav som domstolen i sin dom av den 13 november 2007, i målet kommissionen mot Irland, fastställde för underordnade tjänster.

120. Som bevis för förekomsten av ett gränsöverskridande intresse av upphandlingsförfarandet i staden Magdeburg hänvisar kommissionen endast till ett klagomål mot upphandlingen av räddningstjänster i

56 — Domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 38), punkt 29 och följande punkter.

57 — Samma dom, punkt 34.

58 — Samma dom, punkt 25. Se även Frenz, W., *Handbuch Europarech,. del III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin m. fl. 2007, punkt 2116.

Tyskland i allmänhet samt till de berörda tjänsternas ekonomiska betydelse, som gör att det på grund av de stora volymerna måste antas finnas ett aktivt intresse hos utländska tjänsteleverantörer. Dessa allmänna uttalanden från kommissionens sida, som inte alls avser staden Magdeburgs kontraktstilldelning och som delvis grundas på antaganden, uppfyller inte de högt ställda kraven på bevisning om ett gränsöverskridande intresse vid upphandling av underordnade tjänster.

121. I avsaknad av bevis för ett gränsöverskridande intresse kan talan inte vinna bifall såvitt avser kommissionens grund att staden Magdeburgs kontraktstilldelning innebär ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

iii) Slutsatser

122. På grund av det ovan anförda finner jag att staden Magdeburgs påtalade kontraktstilldelning innebär att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18. I övriga delar ska kommissionens talan när det gäller staden Magdeburgs kontraktstilldelning avvisas eller i vart fall ogillas.

b) Tilldelningar av kontrakt i städerna Bonn (Nordrhein-Westfalen) och Witten (Nordrhein-Westfalen), regionen Hannover (Niedersachsen) och Landkreis Hameln-Pyrmont (Niedersachsen)

123. När det gäller de påtalade tilldelningarna av kontrakt i städerna Bonn och Witten, regionen Hannover och Landkreis Hameln-Pyrmont har kommissionen anfört följande.

124. Under år 2004 tilldelade staden Bonn som upphandlande myndighet ett kontrakt avseende räddningstjänster för perioden den 1 januari 2005–31 december 2008, utan något upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå. Föremålet för kontraktet var bland annat drift av fyra ambulanser. Värdet av kontraktet uppgick till minst 5,28 miljoner euro.

125. Åtminstone sedan år 2005 har staden Witten som upphandlande myndighet tilldelat kontrakt avseende räddningstjänster till ett värde av 945 753 euro per år utan att tillämpa något upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå. Kontrakten har avsett drift av en ambulans.

126. År 2004 infordrade regionen Hannover som upphandlande myndighet anbud om tillhandahållande av räddningstjänster inom regionen. Endast de dittillsvarande uppdragstagarna – Arbeiter-Samariter-Bund (nedan kallat ASB), tyska Röda Korset, Johanniter-Unfallhilfe (nedan kallat JUH) och RKT GmbH – fick lämna anbud. Upphandlingen gällde för perioden den 1 januari 2005–31 december 2009 och avsåg ett sammanlagt värde på cirka 65 miljoner euro.

127. År 1993 uppdrog Landkreis Hameln-Pyrmont åt det lokala Röda Korset att tillhandahålla räddningstjänster inom sitt område. Avtalet, som från början hade en löptid på tio år, sades aldrig upp utan förlängdes år 2003 med ytterligare tio år utan någon anbudsinfordran. År 1999 skaffade Emmerthals kommun en ny ambulans vars drift också uppdrogs åt Röda Korset utan anbudsinfordran. Det sammanlagda värdet av dessa tilldelade kontrakt uppgick till 7,2 miljoner euro per år.

128. Denna redogörelse för omständigheterna har inte bestritts av Förbundsrepubliken Tyskland.

129. Kommissionen gör i samtliga dessa fall gällande att skyldigheten att sända meddelande om genomförda upphandlingar för publicering (artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18) har åsidosatts. Detta är ostridigt.

130. Kommissionen har i samtliga dessa fall också gjort gällande ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster. Detta finner jag däremot inte bevisat. Talan på denna grund ska ogillas av samma rättsdogmatiska och bevisrättsliga skäl som jag redan har redovisat i samband med prövningen av staden Magdeburgs kontraktstilldelning.[59]

c) Upphandlingsförfarande i Landkreis Uelzen (Niedersachsen)

131. Om upphandlingsförfarandet i Landkreis Uelzen har kommissionen anfört att Röda Korset på grund av ett avtal av den

59 — Se punkt 90 och följande punkter ovan.

10 juli 1984 tillhandahöll räddningstjänster i Landkreis Uelzen, utom i området Bereichs Bevensen-Bienenbüttel. Under år 2004 gjordes väsentliga ändringar i detta avtal som måste anses utgöra en ny upphandling. Vid denna nya upphandling iakttogs inte artikel 16 i direktiv 92/50. Inom ramen för den nya upphandlingen åsidosattes också diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.

132. Förbundsrepubliken Tyskland gör gällande att de avtalsändringar som gjordes år 2004 berodde på att Landkreis Uelzen år 1984 hade uppdragit åt kommunalförbundet Bevensen att utföra räddningstjänster i området Bevensen-Bienenbüttel. År 2002 hade Röda Korset till följd av en företagsöverlåtelse övertagit all räddningstjänst på kommunalförbundet Bevensens område. Detta är förklaringen till de avtalsändringar som gjordes år 2004 mellan Landkreis Uelzen och Röda Korset. Ändringarna var inte så betydande att de krävde något nytt upphandlingsrättsligt relevant inköpsförfarande. Eftersom det påtalade upphandlingsförfarandet därför i realiteten kan härledas till år 1984, och därmed till tiden före fristen för införlivande av direktiv 92/50, kan ett åsidosättande av detta direktiv inte längre påtalas.

133. Frågan under vilka förutsättningar ändringar av ett befintligt kontrakt kan anses utgöra en självständig upphandling i den mening som avses i upphandlingsdirektiven har domstolen besvarat i sin dom av den 19 juni 2008 i målet Pressetext Nachrichtenagentur.[60] Domstolen framhöll där att ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid ska anses utgöra en ny upphandling i den mening som avses i direktiv 92/50, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.[61] En ändring kan vara betydande till exempel om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.[62]

134. Av den tyska regeringens redovisade underlag och lämnade förklaringar framgår att det offentliga kontraktet år 2004 utvidgades med tillhandahållande av räddningstjänster på det område där ambulansen i Bevensen skulle sättas in. Ytmässigt utgör detta område omkring en fjärdedel av Landkreis Uelzen. Förbundsrepubliken Tyskland medger att värdet av kontraktet för hela Landkreis Uelzen uppgår till cirka 4 450 000 euro per år och att värdet av räddningstjänsterna på det område

60 — Dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur (REG 2008, s. I-4401), punkt 28 och följande punkter.

61 — Samma dom, punkt 34.

62 — Samma dom, punkt 36.

där ambulansen i Bevensen skulle sättas in uppgår till minst 670 000 euro per år.[63]

135. Ändringarna år 2004 i kontraktet mellan Landkreis Uelzen och Röda Korset har alltså inneburit att avtalet om tillhandahållande av räddningstjänster har utvidgats till att avse ytterligare ett område i Landkreis Uelzen. Avtalsområdet i dess helhet har därmed utvidgats med omkring 25 procent, och det totala värdet av kontraktet har ökat med minst 15 procent. De kontraktsändringar som gjordes år 2004 måste därmed anses utgöra sådana betydande ändringar som skulle ha föranlett en ny upphandling av den offentliga räddningstjänsten i hela Landkreis Uelzen i enlighet med direktiv 92/50. Förbundsrepubliken Tysklands icke dokumenterade uppgifter om en företagsöverlåtelse till annan tjänsteleverantör medför ingen annan bedömning.

136. Det har i detta sammanhang inte bestritts att artikel 16 i direktiv 92/50 inte beaktades vid upphandlingen år 2004. Därmed är det i målet visat att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt den bestämmelsen.

137. Jag finner det däremot inte visat att Förbundsrepubliken Tyskland som kommissionen påstått har åsidosatt diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster. Talan på denna grund ska ogillas av samma rättsdogmatiska och bevisrättsliga skäl som jag redan har redovisat i samband med prövningen av staden Magdeburgs kontraktstilldelning.[64]

d) Upphandlingar hos sammanslutningar av kommunala räddningstjänster i Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) och Vogtland (Sachsen)

138. Om de påtalade fallen av upphandlingar hos sammanslutningarna av kommunala räddningstjänster i Westsachsen, Chemnitz/Stollberg och Vogtland har kommissionen anfört följande.

139. Sammanslutningen av kommunala räddningstjänster i Westsachsen har som upphandlande myndighet ingått avtal med ASB, Röda Korset, JUH och yrkesbrandkåren i Zwickau om tillhandahållande av räddningstjänster med en löptid på vardera fyra år och med ett sammanlagt värde på

63 — Förbundsrepubliken Tysklands svarsinlaga av den 4 september 2008, punkt 22.

64 — Se punkt 90 och följande punkter ovan.

7,9 miljoner euro per år. Dessa avtal förlängdes år 2003, utan föregående upphandling, med fyra år. När avtalen löpte ut förlängdes de till och med den 31 december 2008.

140. Sammanslutningen av kommunala räddningstjänster i Chemnitz/Stollberg har som upphandlande myndighet ingått avtal med ASB, Röda Korset, JUH och yrkesbrandkåren i Chemnitz om tillhandahållande av räddningstjänster med en löptid på vardera fyra år och med ett sammanlagt värde på 3,3 miljoner euro per år. Dessa avtal förlängdes år 2002, utan föregående upphandling, med fyra år. När avtalen löpte ut förlängdes de till och med den 31 december 2008.

141. Sammanslutningen av kommunala räddningstjänster i Vogtland har år 2002 och år 2004 som upphandlande myndighet utan föregående upphandling ingått avtal med ASB, Röda Korset, JUH, det privata räddningstjänstföretaget Plauen och yrkesbrandkåren i Plauen om tillhandahållande av räddningstjänster med en löptid på vardera fyra år och med ett sammanlagt värde på 3,9 miljoner euro per år. Avtalen hade löptider på fyra år och förlängdes när de löpte ut, utan föregående upphandling, till och med den 31 december 2008.

142. Kommissionen gör i samtliga dessa fall gällande att skyldigheten att sända meddelande om genomförda upphandlingar för publicering (artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18) har åsidosatts. Det kan konstateras att så är fallet.

143. Denna slutsats påverkas inte av vad Förbundsrepubliken Tyskland anfört om att ett upphandlingsförfarande på området för räddningstjänst efter ikraftträdandet av delstaten Sachsens lag om brandskydd, räddningstjänst och katastrofskydd av den 1 januari 2005 måste föregås av anbudsinfordran. Förbundsrepubliken Tyskland har inte ifrågasatt kommissionens konstaterande att samtliga påtalade upphandlingsförfaranden enligt de gamla reglerna har förlängts till och med den 31 december 2008.

144. Enligt fast rättspraxis ska förekomsten av ett fördragsbrott bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet.[65] I målet är det därmed den situation som rådde den 16 februari 2007 som är relevant. Vid den

65 — Dom av den 6 oktober 2009 i mål C-562/07, kommissionen mot Spanien (REG 2009, s. I-9553), punkt 23, av den 19 maj 2009 i mål C-531/06, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-4103), punkt 98, och av den 19 juni 2008 i mål C-319/06, kommissionen mot Luxemburg (REG 2008, s. I-4323), punkt 72.

tidpunkten förelåg det påtalade åsidosättandet av upphandlingsdirektiven.

145. Jag finner det däremot inte visat att Förbundsrepubliken Tyskland, såsom kommissionen påstått, har åsidosatt diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster. Talan på denna grund ska ogillas av samma rättsdogmatiska och bevisrättsliga skäl som jag redan har redovisat i samband med prövningen av staden Magdeburgs kontraktstilldelning.[66]

e) Slutsatser

146. På grund av det ovan anförda finner jag att Förbundsrepubliken Tyskland genom de påtalade tilldelningarna av kontrakt i städerna Magdeburg, Bonn och Witten, regionen Hannover, Landkreis Uelzen och Landkreis Hameln-Pyrmont samt hos sammanslutningarna av kommunala räddningstjänster i Westsachsen, Chemnitz/Stollberg och Vogtland har åsidosatt artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18. Något åsidosättande av diskrimineringsförbudet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster, finner jag däremot inte vara bevisat.

4. Rättsstridig upphandlingspraxis i Förbundsrepubliken Tyskland

147. Kommissionen gör i målet gällande att de påtalade upphandlingsförfarandena tyder på att det finns en varaktig och allmängiltig upphandlingspraxis. Kommissionen vill därför få det fastställt att Förbundsrepubliken Tyskland genom en rättsstridig upphandlingspraxis har åsidosatt gemenskapsrätten.

148. Om det påvisas en praxis som strider mot upphandlingsbestämmelserna i en medlemsstat kan denna praxis som sådan påtalas i ett förfarande enligt artikel 226 EG.[67] Då måste kommissionen i första ledet åberopa detaljerade klagomål av vilka förekomsten av en praxis framgår. Sedan åligger det den

66 — Se punkt 90 och följande punkter ovan.

67 — I sammanhanget ska jag endast hänvisa till den fasta rättspraxis enligt vilken även en administrativ praxis kan strida mot gemenskapsrätten, även om de tillämpliga nationella bestämmelserna i sig är förenliga med gemenskapsrätten. Jämför dom av den 10 september 2009 i mål C-416/07, Tyskland mot Grekland (REG 2009, s. I-7883), punkt 24 med vidare hänvisningar.

berörda medlemsstaten att konkreta bestrida de omständigheter som görs gällande i dessa klagomål. I ett andra led ska det sedan prövas huruvida fördragsbrott kan fastställas med stöd av en tillräckligt dokumenterad och utförlig beskrivning av påtalad praxis.[68]

149. Kommissionen har i målet visat att städerna Magdeburg (Sachsen-Anhalt), Bonn (Nordrhein-Westfalen) och Witten (Nordrhein-Westfalen), regionen Hannover (Niedersachsen), Landkreis Uelzen (Niedersachsen) och Landkreis Pyrmont-Hameln (Niedersachsen) samt sammanslutningar av kommunala räddningstjänster i Westsachsen (Sachsen), Chemnitz/Stollberg (Sachsen) och Vogtland (Sachsen) vid tilldelningar av kontrakt avseende räddningstjänster har åsidosatt sin skyldighet enligt artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18 att sända meddelande om genomförda upphandlingar för publicering.

150. Därutöver har kommissionen anfört att det enligt dess efterforskningar framgår att det under perioden 2001–2006 i hela Förbundsrepubliken Tyskland skickades meddelanden om genomförda upphandlingar i endast två fall. Denna redogörelse har inte bestritts av Förbundsrepubliken Tyskland.

151. På grund av det ovan anförda kan därmed konstateras att det i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen förekommer en upphandlingspraxis avseende räddningstjänster som uppvisar en viss grad av varaktighet och allmängiltighet och som innebär ett åsidosättande av skyldigheten enligt artikel 16 i direktiv 92/50 respektive artikel 35.4 i direktiv 2004/18 att skicka meddelande om genomförda handlingar för publicering.

152. Slutsatsen att det förekommer en sådan rättsstridig upphandlingspraxis i dessa delstater påverkas inte av Förbundsrepubliken Tysklands framförda argument att delstaterna, med hänsyn till två avgöranden av Bundesgerichtshof av den 1 december 2008[69], måste ompröva sin hittillsvarande praxis vid upphandling av räddningstjänster och anpassa den efter upphandlingsreglerna.

153. Som jag redan har berört ska förekomsten av ett fördragsbrott enligt fast rättspraxis bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet.[70] I målet är det därmed den situation som rådde den 16 februari 2007 som är

68 — Jämför dom av den 19 mars 2009 i mål C-489/06, kommissionen mot Grekland (REG 2009, s. I-1797), punkt 40 och följande punkter.

69 — Bundesgerichtshofs avgöranden av den 1 december 2008, X ZB 31/08. Jämför härom punkt 27 ovan.

70 — Se punkt 143 ovan.

relevant. Vid den tidpunkten förelåg de påtalade åsidosättandena.

154. Av samma skäl saknar det i målet betydelse vad Förbundsrepubliken Tyskland har anfört om den lagändring i delstaten Sachsen varigenom upphandlingsmodellen har övergivits från och med den 1 januari 2009.

155. En återstående fråga att pröva är huruvida kommissionen har påtalat endast upphandlingspraxis i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen eller om den har fört fram upphandlingspraxis i dessa fyra delstater som exempel på en upphandlingspraxis i samtliga delstater som uppvisar en viss grad av varaktighet och allmängiltighet.

156. Kommissionens framställning på denna punkt är motsägelsefull. I sin ansökan anförde kommissionen uttryckligen att talan begränsades till upphandlingspraxis i Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen, trots att den upphandlingspraxis som är föremål för talan förekommer även i andra tyska delstater.[71] I sin replik har kommissionen däremot yrkat att det ska fastställas att berörda praxis är rättsstridig vad gäller hela Förbundsrepubliken Tyskland.[72]

157. I det sammanhanget vill jag påminna om att nya yrkanden i princip inte får framställas under rättegången.[73] Vad som ska prövas i detta mål är därför de i geografiskt hänseende begränsade yrkanden som framställdes i ansökan och varigenom kommissionen endast framställde klagomål mot berörd upphandlingspraxis i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen.

158. På grund av det ovan anförda finner jag att Förbundsrepubliken Tyskland, vid tilldelning av kontrakt med ekonomiska villkor om tillhandahållande av räddningstjänster i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen till och med den 31 januari 2006, har underlåtit

71 — Se punkt 10 i kommissionens ansökan av den 15 april 2008. Redan i punkt 5 påpekades att talan var begränsad till upphandlingspraxis i fråga om räddningstjänster enligt upphandlingsmodellen, vilken uppgavs gälla i flertalet tyska delstater.

72 — Se punkt 17 och följande punkter i kommissionens replik av den 21 november 2008.

73 — Se artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler.

att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 10 jämförd med artikel 16 i direktiv 92/50 och sedan den 1 februari 2006 har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 22 jämförd med artikel 35.4 i direktiv 2004/18.

VIII — Rättegångskostnader

159. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. I artikel 69.3 första stycket i rättegångsreglerna föreskrivs dock att domstolen kan besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sina rättegångskostnader om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det.

160. Eftersom kommissionens talan i förevarande mål endast delvis ska bifallas föreslår jag att domstolen beslutar att kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland vardera ska bära sin rättegångskostnad.

IX — Förslag till avgörande

161. På grund av det anförda föreslår jag att domstolen

1) fastställer att Förbundsrepubliken Tyskland, vid tilldelning av kontrakt med ekonomiska villkor om tillhandahållande av räddningstjänster i delstaterna Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen och Sachsen till och med den 31 januari 2006, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 10 jämförd med artikel 16 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster och sedan den 1 februari 2006 har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 22 jämförd med artikel 35.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster,

2) ogillar talan i övrigt, och

3) förordnar att Europeiska kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sina egna rättegångskostnader.