

## DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 10 mars 2011 (\*)

”Offentlig upphandling – Direktiv 2004/18/EG – Offentliga tjänstekoncessioner – Räddningstjänst – Kriterier för att skilja mellan offentliga tjänstekontrakt och tjänstekoncessioner”

I mål C-274/09,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Oberlandesgericht München (Tyskland) genom beslut av den 2 juli 2009, som inkom till domstolen den 20 juli 2009, i målet

**Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler**

mot

**Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,**

ytterligare deltagare i rättegången:

**Malteser Hilfsdienst eV,****Bayerisches Rotes Kreuz,**

meddelar

## DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna D. Šváby, E. Juhász (referent), G. Arestis och T. von Danwitz,

generaladvokat: J. Mazák,

justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 24 juni 2010,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, genom B. Stolz och P. Kraus, Rechtsanwälte,
- Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, genom M. Kuffer och D. Bens, Rechtsanwälte,
- Malteser Hilfsdienst eV, genom W. Schmitz-Rode, Rechtsanwalt,
- Bayerisches Rotes Kreuz, genom E. Rindtorff, Rechtsanwalt,
- Tysklands regering, genom M. Lumma och J. Möller, båda i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,
- Sveriges regering, genom S. Johannesson, i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom C. Zadra och G. Wilms, båda i egenskap av ombud, och efter att den 9 september 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande, följande

### Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 a, 1.2 d och 1.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (nedan kallat Stadler) och Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (interkommunal sammanslutning för räddningstjänst och brandförsvar i Passau, nedan kallad den interkommunala sammanslutningen i Passau), angående tilldelning av tjänstekontrakt avseende räddningstjänst. Parterna har i synnerhet olika uppfattning i frågan om huruvida dessa kontrakt ska kvalificeras som "tjänstekontrakt" eller "tjänstekoncessioner".

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionslagstiftningen*

- 3 I artikel 1 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

"...

2. a) *offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

...

- d) *offentliga tjänstekontrakt*: andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

...

4. *tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

"..."

#### *Den nationella lagstiftningen*

- 4 Den bayerska räddningstjänstlagen (Bayerisches Rettungsdienstgesetz, nedan kallad den bayerska lagen), trädde i kraft den 1 januari 2009. De bestämmelser i den bayerska lagen som är relevanta i förevarande mål är följande:

"Artikel 1 Tillämpningsområde och syfte

Denna lag reglerar akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter, sjuktransporter,

bergräddning och räddningsinsatser under jord, liksom sjöräddning (räddningstjänst). Ett rikstäckande utbud av räddningstjänster är en allmän angelägenhet som ska säkerställas genom en offentlig räddningstjänst ...

...

#### Artikel 4 Räddningstjänstorgan

(1) Landkreis (förvaltningsdistrikt) och kreisfreien Gemeinden (självständiga kommuner) har till uppgift att i enlighet med denna lag säkerställa den offentliga räddningstjänsten inom sina räddningstjänstområden ...

(2) Den högsta räddningstjänstmyndigheten fastställer, efter att ha hört de berörda kommunalförbunden, genom förordning räddningstjänstområden så att räddningstjänsten kan genomföras på ett effektivt och resursbesparande sätt.

(3) Landkreis och kreisfreien Gemeinden belägna inom samma räddningstjänstområde ska fullgöra sina uppdrag enligt denna lag i samarbete med en interkommunal sammanslutning för räddningstjänst och brandförsvaret.

...

Artikel 13 Organ med uppdrag att utföra akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter

(1) Interkommunala sammanslutningar för räddningstjänst och brandförsvaret uppdrar åt

1. Bayerisches Rotes Kreuz (bayerska Röda korset)
2. Arbeiter-Samariter-Bund (Arbetarnas Samariterförbund)
3. Malteser-Hilfsdienst (Maltaordens hjälptjänst)
4. Johanniter-Unfall-Hilfe (Johanniterordens volontärer) eller
5. andra jämförbara hjälporganisationer

att utföra markbundna akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter.

...

(2) Om hjälporganisationerna inte vare sig är beredda eller har förmåga att åta sig ett uppdrag, ska den interkommunala sammanslutningen för räddningstjänst och brandförsvaret uppdras åt tredje man att utföra den markbundna räddningstjänsten. Den interkommunala sammanslutningen kan som alternativ utföra uppdraget själv, eller genom sina medlemmar.

(3) Den interkommunala sammanslutningen för räddningstjänst och brandförsvaret ska, efter en materiell prövning, genom beslut välja uppdragstagare och fastställa tjänsternas omfattning. Urvalsbeslutet ska vara öppna för insyn och sakligt motiverade. Den interkommunala sammanslutningen för räddningstjänst och brandförsvaret ska på ett lämpligt sätt offentliggöra det förestående urvalsförfarandet så att intresserade leverantörer kan inkomma med anbud.

(4) Rättsförhållandet mellan den interkommunala sammanslutningen för räddningstjänst och brandförsvaret och det organ som fått i uppdrag att utföra räddningstjänsten regleras i ett offentligrättsligt avtal.

...

#### Artikel 21 Krav på tillstånd

(1) Den som utför akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter måste ha tillstånd.

...

#### Artikel 24 Förutsättningar för tillstånd

...

(2) Tillstånd att utföra akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter eller sjuktransporter i allmän räddningstjänst ska utfärdas om ... ett offentlighetsligt avtal enligt artikel 13 fjärde stycket ... uppvisas.

...

(4) Tillstånd för sjuktransporter utanför den offentliga räddningstjänsten ska inte utfärdas om det kan antas att nyttjandet av ett sådant tillstånd skulle undergräva skyddet för allmänintresset av en effektiv räddningstjänst ...

...

#### Artikel 32 Uttag av och underlag för beräkning av användaravgifter

För räddningstjänster, inklusive läkares medverkan, tas en användaravgift ut. Användaravgiften ska grunda sig på kostnader beräknade på marknadsmässiga grunder för tjänster utförda på ett lagenligt, effektivt och resursbesparande sätt samt med upprätthållande av en effektiv organisation ...

...

#### Artikel 34 Användaravgifter för akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter

...

(2) Socialförsäkringsorganen ska på ett enhetligt sätt fastställa de användaravgifter som de ska betala för akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter genom en överenskommelse med dem som utför räddningstjänsterna eller deras regionala sammanslutningar ...

(3) En överenskommelse om användaravgifterna ingås varje år på förhand.

(4) Kostnaderna för akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter fördelas på brukarna, efter enhetliga kriterier. Tjänsteleverantörerna ska fakturera alla övriga personer eller institutioner som tar den offentliga räddningstjänsten i anspråk för den användaravgift som överenskommit med socialförsäkringsorganen.

(5) Användaravgifterna ska i varje enskilt fall grunda sig på de beräknade kostnader som, enligt artikel 32 andra stycket, kan godtas för akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter, liksom på det beräknade antalet insatser under verksamhetsperioden. Till kostnaderna för att utföra tjänsterna hör särskilt kostnader för läkares medverkan vid räddningstjänsten ... liksom kostnader för förvaltningen av det centrala avräkningsstället för räddningstjänsten i Bayern, enligt åttonde stycket. Socialförsäkringsorganen fastställer i varje enskilt fall, genom separata förhandlingar med de olika tjänsteleverantörerna, med cheferna för de integrerade ledningscentralerna och med det centrala avräkningsstället för räddningstjänsten i Bayern, de beräknade kostnaderna under avgiftsperioden. Kostnaderna kan avtalas att gälla som budgetinnehåll.

(6) Om ett avtal om användaravgifter enligt andra stycket eller ett avtal enligt femte stycket inte har kommit till stånd senast den 30 november det verksamhetsår som föregår det år då avgifterna betalas ut, ska ett skiljeförfarande i skiljenämnden inledas i syfte att fastställa beräknade kostnader och användaravgifter ... Användaravgifterna kan inte anpassas retroaktivt.

(7) Beräknade kostnader, enligt en överenskommelse med socialförsäkringsorganen, eller enligt ett rättskraftigt avgörande, ska täckas av intäkterna från de avgifter som tas ut för akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter (intäktsutjämning). Vid utgången av en avgiftsperiod ska tjänsteleverantörerna, de integrerade ledningsställena samt det centrala avräkningsstället för räddningstjänster i Bayern justera de faktiska kostnaderna i en slutavräkning och jämföra dessa med kostnadsöverenskommelsen (årsredovisning). När skillnad uppstår mellan de faktiska kostnaderna och de beräknade kostnader som godkänts av socialförsäkringsorganen enligt överenskommelse, tas redovisningsresultatet upp till behandling under nästkommande avgiftsförhandling. En överföring i ny räkning av resultatet är utesluten, om tjänsteleverantörens ... eller det centrala avräkningsställets kostnader ... har avtalats att gälla som budgetinnehåll.

(8) För att fullgöra uppgifterna enligt andra till sjunde styckena och enligt artikel 35 anlitas ett centralt avräkningsställe för räddningstjänsten i Bayern, som särskilt ska

1. medverka såsom rådgivare vid ingående av överenskommelser om användaravgifter enligt andra stycket eller av avtal enligt femte stycket,
2. på grundval av de beräknade kostnaderna för berörda parter och det beräknade antalet insatser för den offentliga räddningstjänsten uppskatta de nödvändiga användaravgifterna och föreslå en överenskommelse med berörda parter i enlighet med denna beräkning, vilket även gäller nödvändiga anpassningar av användaravgifterna under löpande verksamhetsår,
3. kräva in användaravgifter för offentliga räddningsinsatser från de betalningsskyldiga ...,
4. genomföra intäktsutjämningen ...,
5. överföra de belopp som motsvarar kostnaderna för tjänsten till tjänsteleverantörerna ...,
6. granska tjänsteleverantörernas redovisningar ... och pröva dessa utifrån sannolikhet och redovisningsmässig korrekthet, och
7. sammanställa en samlad godkänd slutredovisning för den offentliga räddningstjänsten.

Det centrala avräkningsstället för räddningstjänsten i Bayern tillhandahåller sina tjänster utan vinstintresse. Samtliga deltagande parter är förpliktade att bistå det centrala avräkningsstället för räddningstjänsten i Bayern när det fullgör sina uppgifter och att i detta syfte lämna nödvändiga uppgifter och skriftliga underlag.

...

#### Artikel 48 Skiljenämnder

...

(3) Skiljenämnden för avgifter består, utöver ordföranden,

1. vid tvister om användaravgifter för markbundna räddningsinsatser, av tre medlemmar som representerar tjänsteleverantörerna och tre medlemmar som representerar socialförsäkringsorganen ...

...

(5) Skiljenämndens ordförande och vice ordförande utses gemensamt av leverantörerna

av offentliga räddningstjänster, den bayerska föreningen för läkare anslutna till försäkringskassan, ambulansläkarnas representanter och socialförsäkringsorganen.

#### Artikel 49 Räddningstjänstmyndigheter

(1) Myndigheter med ansvar för verkställigheten av denna lag är

1. delstatsministeriet för inre angelägenheter i egenskap av högsta räddningstjänstmyndighet ...

...

#### Artikel 53 Förordningar och förvaltningsföreskrifter

(1) Den högsta räddningstjänstmyndigheten kan genom förordning utse

...

11. det centrala avräkningsstället för räddningstjänsten i Bayern ...

..."

#### Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 5 Stadler tillhandahöll den interkommunala sammanslutningen i Passau, Bayern, räddningstjänster fram till den 31 december 2008, då kontraktet dem emellan sades upp. Stadler ifrågasatte giltigheten av denna uppsägning vid Verwaltungsgericht och ansökte om att rätten interimistiskt skulle förordna att kontraktet skulle fullföljas till dess att målet hade avgjorts. Företaget vann ingen framgång med sina yrkanden.
- 6 Den interkommunala sammanslutningen i Passau anförde under handläggningen av nämnda ansökan att den hade för avsikt att utan föregående anbudsinfordran uppdra åt andra företag att utföra räddningstjänster enligt, till en början, tillfälliga kontrakt, för att sedan tilldela ett slutligt kontrakt enligt det urvalsförfarande som avses i artikel 13 tredje stycket i den bayerska lagen.
- 7 Den interkommunala sammanslutningen i Passau ingick tillfälliga kontrakt med Malteser Hilfsdienst eV och Bayerisches Rotes Kreuz.
- 8 Genom skrivelse av den 17 december 2008 överklagade Stadler det förfarande som den interkommunala sammanslutningen i Passau hade tillämpat till Vergabekammer (nämnden för tillsyn av offentlig upphandling), men utan framgång.
- 9 Stadler överklagade Vergabekammers beslut till Oberlandesgericht München.
- 10 Oberlandesgericht München har ställt sina frågor i syfte att få klarhet i huruvida det omtvistade tillhandahållandet av tjänster i Bayern ska kvalificeras som "tjänstekontrakt" eller "tjänstekoncession" samt de rättsliga konsekvenserna av denna kvalificering. Hur kontraktet ska kvalificeras beror på tolkningen av artikel 1.4 i direktiv 2004/18, vari begreppet tjänstekoncession definieras.
- 11 I Passau ingår en upphandlande myndighet, nämligen den interkommunala sammanslutningen i Passau, och en tjänsteleverantör kontrakt om offentlig räddningstjänst enligt den så kallade koncessionsmodellen.
- 12 Socialförsäkringsorganet och den utvalda tjänsteleverantören fastställer gemensamt storleken på användaravgiften. Enligt artikel 32 andra meningen i den bayerska lagen ska

- användaravgiften grunda sig på kostnader beräknade på marknadsmässiga grunder för tjänster utförda på ett lagenligt, effektivt och resursbesparande sätt samt med upprätthållande av en effektiv organisation. De beräknade kostnader som överenskommits för tjänsternas utförande ska täckas av de avgifter som tas ut för akuta räddningsinsatser, läkarbiträdda patienttransporter och sjuktransporter. För det fall tvist uppstår mellan socialförsäkringsorganet och tjänsteleverantören angående användaravgifterna kan ärendet hänskjutas till en skiljenämnd, vars avgöranden kan överklagas till förvaltningsdomstol.
- 13 Den utvalda tjänsteleverantören erhåller sina avgifter från ett centralt avräkningsställe som utsetts av det bayerska delstatsministeriet för inre angelägenheter, och vars tjänster tjänsteleverantören enligt lag är förpliktad att ta i anspråk. Avräkningsstället betalar ut ersättningen till tjänsteleverantören i form av veckovisa eller månatliga delbetalningar grundade på den totala årsersättningen, vilken beräknats i förväg utan hänsyn till de antal insatser som faktiskt har genomförts. Ett eventuellt underskott i slutet av året tas upp till behandling i kommande förhandlingar.
  - 14 Privatförsäkrade och oförsäkrade personer, som enligt den hänskjutande domstolen utgör 10 procent av de ersättningsskyldiga, måste betala en lika hög användaravgift som de obligatoriskt försäkrade.
  - 15 Oberlandesgericht München har understrukit att det i Tyskland finns en alternativ modell för tillhandahållande av räddningstjänster, nämligen den så kallade anbudsmodellen. I vissa delstater, såsom i Sachsen, betalar den upphandlande myndighet som ansvarar för räddningstjänsten ut ersättningen direkt till tjänsteleverantören. De myndigheter som ansvarar för räddningstjänsten fastställer ersättningen efter förhandlingar med socialförsäkringsorganen och betalar sedan ut den till tjänsteleverantörerna. Denna modell har Bundesgerichtshof redan kvalificerat som "tjänstekontrakt".
  - 16 Skillnaden mellan den "anbudsmodell" som används i delstater som exempelvis Sachsen och den "koncessionsmodell" som används i delstater som Bayern består i att den lagstadgade avgiften i det första fallet förhandlas fram av den upphandlande myndighet som ansvarar för räddningstjänsten och en annan upphandlande myndighet (socialförsäkringsorganet) och att tjänsteleverantören är bunden av denna överenskommelse, medan det, i det andra fallet, är tjänsteleverantören som förhandlar om storleken på användaravgiften med en annan upphandlande myndighet (socialförsäkringsorganet).
  - 17 Oberlandesgericht München är därför osäker på huruvida enbart den omständigheten att en annan förhandlingsmodell har valts kan resultera i att, i det ena fallet, räddningstjänsten ska bli föremål för anbudsinfordran i egenskap av "tjänstekontrakt" i den mening som avses i direktiv 2004/18 och, i det andra fallet, bestämmelserna om offentlig upphandling inte behöver tillämpas på grund av att kontraktet ska kvalificeras som en "tjänstekoncession".
  - 18 Oberlandesgericht München anser att det följer av domstolens rättspraxis att det – när ersättningen betalas ut av tredje man – krävs att medkontrahenten står verksamhetsrisken för tjänsten i fråga, för att ett kontrakt ska kunna kvalificeras som koncession för offentliga tjänster. Om det antas att det kriterium som avgör huruvida det rör sig om en tjänstekoncession eller ett tjänstekontrakt är huruvida medkontrahenten står den ekonomiska risken, uppkommer frågan om ett sådant riskövertagande, oavsett vilken form det har, är tillräckligt, under förutsättning att den risk som den upphandlande myndigheten annars står har övertagits fullt ut.
  - 19 Oberlandesgericht München har vidare framhållit att denna avgränsning är desto svårare att göra, eftersom tjänsteleverantören vid tillämpning av koncessionsmodellen endast står en begränsad risk.
  - 20 Mot bakgrund av dessa omständigheter har Oberlandesgericht München beslutat att vilandeförklara målet och att ställa följande frågor till domstolen:

”1. Ska ett avtal om tjänster (här räddningstjänster), enligt vilket den upphandlande myndighetens betalning inte ska ske direkt till leverantören, utan där i stället

- a) användaravgiften för tjänsterna som tillhandahålls fastställs genom förhandlingar mellan leverantören och tredje män, vilka är upphandlande myndigheter (här socialförsäkringsorgan),
- b) om enighet inte nås, en för ändamålet inrättad skiljenämnd ska avgöra tvisten genom ett beslut som kan prövas i domstol,
- c) avgiften inte betalas omedelbart av brukarna utan av ett centralt avräkningsställe, vars tjänster leverantören måste ta i anspråk enligt lag och från vilket leverantören får regelbundna förskottsutbetalningar,

betraktas som en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18, och inte som ett tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a och d i direktiv 2004/18?

2. Om den första frågan besvaras nekande, föreligger då en tjänstekoncession, om den verksamhetsrisk som är förenad med den offentliga tjänsten är begränsad på grund av att

- a) det i lag stadgas att användaravgiften ska basera sig på kostnader beräknade på marknadsmässiga grunder för tjänster utförda på ett lagenligt, effektivt och resursbesparande sätt samt med upprätthållande av en effektiv organisation,
- b) att avgiften belastar solventa socialförsäkringsorgan, och
- c) att en viss ensamrätt för nyttjandet garanteras på det avtalade området,

samtidigt som leverantören helt övertar denna begränsade risk?”

### Prövning av tolkningsfrågorna

- 21 Eftersom de två frågor som den hänskjutande domstolen har ställt hör nära samman, ska de prövas i ett sammanhang.
- 22 Domstolen påpekar inledningsvis att den interkommunala sammanslutningen i Passau tilldelar kontrakt om offentlig räddningstjänst enligt den så kallade koncessionsmodellen. Denna form för tilldelning skiljer sig från anbudsmodellen som utgör en form av tilldelning av offentliga tjänstekontrakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 april 2010 i mål C-160/08, kommissionen mot Tyskland, REU 2010, s. I-0000, punkt 131), i den meningen att ersättningen enligt koncessionsmodellen säkerställs, inte av den upphandlande myndigheten, utan genom de avgifter som brukarna av tjänsten betalar in via ett centralt avräkningsställe. Användaravgifterna fastställs genom en överenskommelse mellan socialförsäkringsorganet och den tjänsteleverantör som den interkommunala sammanslutningen i Passau väljer ut.
- 23 Frågan huruvida en verksamhet ska kvalificeras som en ”tjänstekoncession” eller ett ”offentligt tjänstekontrakt” ska uteslutande prövas enligt unionsrätten (se, bland annat, domstolens dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-6657, punkt 31, och av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset, REG 2009, s. I-9913, punkt 38).
- 24 Vid en jämförelse mellan definitionerna av offentliga tjänstekontrakt och tjänstekoncessioner i artikel 2 a och d respektive 4.1 i direktiv 2004/18 framgår det att skillnaden mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för tjänsternas utförande.



- Tjänstekontraktet innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 39, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 33 och 40), medan ersättningen vid en tjänstekoncession består i endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, Eurawasser, punkt 51).
- 25 Härav följer att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att uppbära ersättning från tredje man, uppfyller kraven på ersättning i artikel 4.1 i direktiv 2004/18 (se domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkt 57).
- 26 Om således det sätt på vilket ersättning utgår utgör en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession följer det dessutom av rättspraxis att en tjänstekoncession innebär att koncessionären tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna och att en avsaknad av en sådan risköverföring på tjänsteleverantören tyder på att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession (domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkterna 59 och 68 samt där angiven rättspraxis).
- 27 I det nationella målet, såsom framgår av beslutet om hänskjutande, utges ersättningen till tjänsteleverantören, inte av den upphandlande myndighet som tilldelat kontraktet i fråga utan genom de användaravgifter som leverantören enligt den bayerska lagen har rätt till via de socialförsäkringsorgan vars försäkringstagare har tagit räddningstjänster i anspråk eller direkt av privatförsäkrade eller oförsäkrade personer som använt sig av dessa tjänster.
- 28 Den omständigheten att storleken på användaravgiften inte fastställs ensidigt av tjänsteleverantören utan genom en överenskommelse med socialförsäkringsorgan som själva har ställning som upphandlande myndigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juni 2009 i mål C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns, REG 2009, s. I-4779, punkterna 40-59) och att användarna av tjänsterna inte betalar dessa avgifter direkt till den utvalda tjänsteleverantören, utan via ett centralt avräkningsställe som har till uppgift att kräva in avgifterna och överföra dem, genom regelbundna förskottsbetalningar, påverkar inte denna bedömning. Faktum kvarstår nämligen att samtliga ersättningar till tjänsteleverantören härrör från andra än den upphandlande myndighet som tilldelat kontraktet.
- 29 För att i ett mål som det förevarande kunna fastställa att det rör sig om en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18, krävs en kontroll av huruvida det överenskomna sättet att utge ersättning består i tjänsteleverantörens rätt att utnyttja en tjänst och innebär att tjänsteleverantören övertar verksamhetsrisken för utförandet av nämnda tjänst. För att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession är det emellertid nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten, även om den risk som den upphandlande myndigheten bär redan från början är mycket begränsad (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkterna 77 och 80).
- 30 Den interkommunala sammanslutningen i Passau har i förevarande mål för en tid av flera år, till de utvalda tjänsteleverantörerna, överfört det tekniska, administrativa och finansiella utförandet av räddningstjänsten, för vilken sammanslutningen ansvarar enligt artikel 4.1 i den bayerska lagen.
- 31 De utvalda tjänsteleverantörerna får således i uppdrag att i enlighet med de villkor som uppställs i kontraktet och i den bayerska lagen säkerställa den offentliga räddningstjänsten inom den interkommunala sammanslutningens i Passau förvaltningsdistrikt.
- 32 Stadler har ifrågasatt påståendet att den interkommunala sammanslutningen i Passau

genom denna åtgärd även ska anses ha överfört verksamhetsrisken för dessa tjänster till de utvalda tjänsteleverantörerna.

- 33 Domstolen påpekar i det hänseendet att det – när ersättningen till tjänsteleverantören uteslutande utbetalas av tredje man – räcker att den verksamhetsrisk den upphandlande myndigheten har överfört är "mycket begränsad" för att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession (domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkt 77).
- 34 Det är nämligen vanligt att vissa verksamhetsområden, bland annat områden med nära anknytning till allmännyttig verksamhet såsom den som avses i det nationella målet, regleras av bestämmelser som kan medföra att de ekonomiska riskerna begränsas. Det måste i synnerhet vara tillåtet för upphandlande myndigheter som handlar i god tro att säkerställa tillhandahållandet av tjänster genom en koncession, om de anser att det är det bästa sättet att säkra den berörda allmännyttiga tjänsten, även om den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten är mycket begränsad (domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkterna 72 och 74).
- 35 På dessa områden har en upphandlande myndighet inte något inflytande på de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation och följaktligen inte heller på den risknivå som ska överföras. Det vore inte heller rimligt att kräva av en myndighet som tilldelar en koncession att den ska inrätta villkor för konkurrens och ekonomisk risk som är hårdare än dem som gäller på det berörda området, till följd av de bestämmelser som är tillämpliga inom detsamma (domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkterna 75 och 76).
- 36 Vidare påpekas att det inte ankommer på domstolen att konkret fastställa hur transaktionen i målet vid den nationella domstolen ska kvalificeras. Domstolens roll inskränker sig till att ge den nationella domstolen en tolkning av unionsrätten som är nödvändig för det avgörande som den senare ska meddela i det mål som den har att pröva (se domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 32). Det ankommer på den nationella domstolen att pröva huruvida omständigheterna i målet uppfyller de allmänna kriterier som domstolen har uppställt, och därigenom avgöra hur kontraktet konkret ska kvalificeras.
- 37 Domstolen påpekar härvid att den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten ska förstås som en risk att utsättas för marknadens nycker (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkterna 66 och 67), som kan ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, Contse m.fl., REG 2005, s. I-9315, punkt 22, och domen i det ovannämnda målet Hans & Christophorus Oymanns, punkt 74).
- 38 Risker som är förknippade med en bristfällig företagsledning eller med att den ekonomiska aktören gör felaktiga bedömningar kan däremot inte läggas till grund för bedömningen av huruvida ett kontrakt ska kvalificeras som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession, eftersom alla kontrakt omfattar den typen av risker, oberoende av om det rör sig om ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.
- 39 Domstolen påpekar för det första att användaravgifterna i förevarande mål inte fastställs ensidigt av tjänsteleverantören utan genom en överenskommelse som, efter årliga förhandlingar, ingås med socialförsäkringsorganen. Dessa förhandlingar, vars resultat bara delvis kan förutsägas, är förenade med en risk för att tjänsteleverantören åläggs vissa förpliktelser under kontraktstiden. Dessa förpliktelser kan vara ett resultat av att det, under förhandlingar eller skiljeförfaranden angående storleken på dessa användaravgifter, funnits behov av att kompromissa.
- 40 Oberlandesgericht München har själv framhållit att, med hänsyn till att de

- socialförsäkringsorgan med vilka den utvalda leverantören ska förhandla vinnlägger sig om att med beaktande av sina lagstadgade skyldigheter fastställa användaravgifterna på en så låg nivå som möjligt, leverantören i fråga således löper en risk att nämnda avgifter inte räcker för att täcka samtliga driftskostnader för verksamheten.
- 41 Tjänsteleverantören kan inte skydda sig från sådana eventualiteter genom att avstå från att bedriva sin verksamhet, dels för att de investeringar som gjorts inte har amorterats, dels för att beslutet att säga upp kontraktet i förtid får rättsliga konsekvenser. Ett företag som är specialiserat inom räddningstjänst har under alla omständigheter en begränsad flexibilitet på transportmarknaden.
- 42 För det andra framgår det av den bayerska lagen att den ekonomiska aktören inte kan garanteras full kostnadstäckning.
- 43 Om den ekonomiska aktörens faktiska kostnader under en viss period överstiger de beräknade kostnader på grundval av vilka användaravgifterna har fastställts, kan den ekonomiska aktören i fråga få ett underskott som kan behöva förfinansieras med aktörens egna medel. Faktum är att efterfrågan på räddningstjänster kan variera.
- 44 När skillnad uppstår mellan de faktiska kostnaderna och de beräknade kostnader som socialförsäkringsorganen har godkänt, kommer redovisningsresultatet att beaktas först under nästa förhandlingsperiod, vilket inte innebär vare sig någon förpliktelse för socialförsäkringsorganen att kompensera för ett eventuellt underskott under påföljande år eller någon garanti för full kompensation.
- 45 Tilläggas ska att om kostnaderna har godkänts som budgetinnehåll, går det inte att överföra ett eventuellt över- eller underskott till påföljande räkenskapsår.
- 46 För det tredje utsätts den utvalda leverantören i viss mån för risken för att de som är betalningsskyldiga för användaravgifterna kan bli insolventa. Det stora flertalet av dem som använder sig av tjänsterna är visserligen försäkrade genom ett socialförsäkringsorgan, men en icke obetydlig andel användare saknar försäkring eller har en privat försäkring. Även om det centrala avräkningsstället tekniskt sett åtar sig att driva in sistnämnda personers skulder, tar de varken på sig de oförsäkrade och privatförsäkrade personernas skulder eller står garant för den faktiska inbetalningen av dessa personers användaravgifter. Det framgår av de uppgifter som har inkommit till domstolen att det centrala avräkningsstället inte har myndighetsbefogenheter.
- 47 Till sist påpekas att den bayerska lagen, enligt de uppgifter som Oberlandesgericht München har lämnat, inte utgör hinder för att låta flera ekonomiska aktörer leverera sina tjänster inom samma område. I förevarande mål har den interkommunala sammanslutningen i Passau således ingått kontrakt med två tjänsteleverantörer.
- 48 De frågor som ställts ska således besvaras enligt följande. När ersättningen till den utvalda ekonomiska aktören uteslutande betalas ut av andra än den upphandlande myndighet som tilldelat ett kontrakt om räddningstjänster och den ekonomiska aktören står verksamhetsrisken, även om denna risk är mycket begränsad – särskilt med hänsyn till att användaravgifterna för tjänsterna fastställs genom årliga förhandlingar med tredje man och att den ekonomiska aktören inte garanteras full täckning för de kostnader som burits inom ramen för ett utförande av verksamheten som är förenligt med de principer som uppställs i nationell lagstiftning – ska kontraktet i fråga kvalificeras som tjänstekoncession, i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18.
- 49 Tilläggas ska att även om tjänstekoncessioner, på unionsrättens nuvarande stadium, inte omfattas av tillämpningsområdet för något av de direktiv genom vilka unionens lagstiftare har reglerat området för offentlig upphandling, är de offentliga myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att iakttä EUF-fördragets grundläggande bestämmelser, särskilt artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, för

det fall – vilket det ankommer på den nationella domstolen att avgöra – koncessionen har ett tydligt gränsöverskridande intresse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 april 2010 i mål C-91/08, Wall, REU 2010, s. I-0000, punkterna 33 och 34, samt där angiven rättspraxis).

### Rättegångskostnader

- 50 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

**Artikel 1.2 d och 1.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att när ersättningen till den utvalda ekonomiska aktören uteslutande betalas ut av andra än den upphandlande myndighet som tilldelat ett kontrakt om räddningstjänster och den ekonomiska aktören står verksamhetsrisken, även om denna risk är mycket begränsad – särskilt med hänsyn till att användaravgifterna för tjänsterna fastställs genom årliga förhandlingar med tredje man och att den ekonomiska aktören inte garanteras full täckning för de kostnader som burits inom ramen för ett utförande av verksamheten som är förenligt med de principer som uppställs i nationell lagstiftning – ska kontraktet i fråga kvalificeras som tjänstekoncession, i den mening som avses i artikel 1.4 i direktivet.**

Underskrifter

---

↑ Rättegångsspråk: tyska.