



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 28. juni 2016¹

Sag C-292/15

**Hörmann Reisen GmbH
mod
Stadt Augsburg Landkreis Augsburg**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern, Tyskland))

»Offentlige kontrakter — offentlig personbefordring med bus — forordning (EF) nr. 1370/2007 — artikel 4, stk. 7 — underentreprise — krav til operatører af offentlig trafikbetjening om at udføre en væsentlig del af den offentlige personbefordring selv — anvendelsesområde — artikel 5, stk. 1 — udbudsprocedure — indgåelse af offentlige kontrakter i henhold til direktiv 2004/18/EF«

1. I henhold til direktiv 2004/18/EF² kan ordregivende myndigheder kun begrænse brugen af underentreprenører hos den valgte tilbudsgiver under ganske særlige omstændigheder³. Dette er i overensstemmelse med formålet med EU's udbudsregler om at lette små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud og dermed bidrage til en effektiv konkurrence ved tildelingen af offentlige kontrakter. I forordning (EF) nr. 1370/2007⁴, der definerer, hvordan de kompetente myndigheder skal handle med henblik på at sikre effektiv offentlig personbefordring af almen interesse, har EU-lovgiver omvendt fastsat særlige regler om underentreprise. Forordning nr. 1370/2007 giver de kompetente myndigheder mulighed for at beslutte, hvorvidt sådanne ydelser kan gives i underentreprise eller ej for at sikre den bedste udnyttelse af de offentlige midler. Såfremt sidstnævnte er tilfældet, er det ikke desto mindre et krav efter forordningen, at den valgte operatør udfører »en væsentlig del« af disse tjenesteydelser selv (»kravet om egen drift«). I den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse skal Domstolen først tage stilling til, hvorvidt disse særlige regler finder anvendelse på en kontrakt om offentlig personbefordring med bus, der i henhold til forordning nr. 1370/2007 skal indgås i henhold til direktiv 2004/18. Den forelæggende ret søger endvidere vejledning om anvendelsesområdet for forordningens krav om egen drift.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2007, L 134, s. 114). Den version af direktiv 2004/18, der er relevant for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, er den version, der senest er blevet ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 1336/2013 af 13.12.2013 (EUT 2013, L 335, s. 17). Direktiv 2004/18 er blevet ophævet og erstattet med virkning fra den 18.4.2016 af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2014, L 94, s. 65).

3 — Jf. mit forslag til afgørelse Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, punkt 29-43) for en gennemgang af retspraksis og de underliggende principper.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 23.10.2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT 2007, L 315, s. 1). Forordning nr. 1370/2007 erstattede Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 af 26.6.1969 om medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1969 I, L 156, s. 258). Som det bekræftes i sjette betragtning til forordning nr. 1370/2007, indeholder forordning nr. 1191/69 ingen bestemmelser om indgåelsen af kontrakter om offentlig personbefordring.

Retsforskrifter

Direktiv 2004/18

2. Direktiv 2004/18 samordner fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige aftaler over en vis værdi⁵. Det har som formål at sikre, at indgåelse af kontrakter på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer »er underlagt [...] principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed«. Det har også til formål at »garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter«⁶. For at gøre det lettere for små og mellemstore virksomheder at deltage i offentlige udbud indeholder direktivet bestemmelser om underentreprise⁷.

3. Artikel 1, stk. 2, litra a), definerer »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af [direktiv 2004/18]«. I henhold til artikel 1, stk. 2, litra d), er »offentlige tjenesteydelseskontrakter« »offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II«, herunder »landtransporttjenester«⁸. I henhold til artikel 1, stk. 4, er en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« »en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

4. I henhold til i artikel 25, stk. 1 (»Underentreprise«), »kan den ordregivende myndighed [i udbudsbetingelserne] anmode eller kan af en medlemsstat forpligtes til at anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive, hvilke dele af en kontrakt han har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand, samt hvilke underentreprenører han foreslår«.

Forordning nr. 1370/2007

5. I henhold til niende betragtning til forordning nr. 1370/2007 skal alle kompetente myndigheder i medlemsstaterne for at kunne tilrettelægge ydelserne vedrørende den offentlige personbefordring, »så den bedst muligt imødekommer indbyggernes behov«, »frit kunne vælge operatør af offentlig trafikbetjening under hensyn til små og mellemstore virksomheders interesser på de vilkår, der fastsættes i [forordningen]«. Det følger endvidere af denne betragtning, at »[f]or at sikre, at princippet om gennemskelighed, lige behandling af konkurrerende operatører og proportionalitet overholdes, når der ydes kompensation eller tildeles enerettigheder, er det vigtigt, at den offentlige serviceforpligtelses art og den aftalte modydelse fastsættes i en kontrakt om offentlig trafikbetjening mellem den kompetente myndighed og den valgte operatør af offentlig trafikbetjening«.

6. Det følger bl.a. af 19. betragtning, at »[u]nderentrepriser kan bidrage til mere effektiv offentlig personbefordring og gør det muligt for andre virksomheder end den operatør af offentlig trafikbetjening, der fik tildelt kontrakten om offentlig trafikbetjening, at deltage«. For imidlertid »at opnå den bedst mulige anvendelse af de offentlige midler bør de kompetente myndigheder dog kunne fastlægge de nærmere bestemmelser for at give deres offentlige personbefordring i underentreprise, især når det drejer sig om tjenester udført af en intern operatør«.

5 — På det relevante tidspunkt fandt direktiv 2004/18 anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter som den i hovedsagen omhandlede, hvis anslåede værdi var på mindst 207 000 EUR, eksklusive moms [artikel 7, litra b), første led, i direktiv 2004/18].

6 — Anden betragtning.

7 — 32. betragtning.

8 — Bilag II A, kategori 2.

7. Ifølge artikel 1 er formålet med forordning nr. 1370/2007 »at fastlægge, hvordan de kompetente myndigheder inden for rammerne af [EU-retten] kan tilrettelægge den offentlige personbefordring for at sikre levering af tjenesteydelser af almen interesse, som bl.a. er hyppigere, sikrere, bedre eller billigere end, hvad der kan opnås ved alene at lade markeds kræfterne virke«. Med dette for øje fastlægger forordningen, »på hvilke vilkår de kompetente myndigheder, når de pålægger eller indgår kontrakter vedrørende offentlige serviceforpligtelser, yder operatører af offentlig trafikbetjening kompensation for deres omkostninger og/eller giver eneret til gengæld for opfyldelsen af de offentlige serviceforpligtelser«.

8. I henhold til artikel 1, stk. 2, finder forordning nr. 1370/2007 anvendelse på »national og international offentlig personbefordring med jernbane og andre skinnekøretøjer og ad vej, dog ikke strækninger, der overvejende drives af historisk interesse eller med turistmæssigt formål«.

9. Artikel 2 indeholder følgende definitioner:

»a) »offentlig personbefordring«: ydelser i forbindelse med personbefordring af almen økonomisk interesse, der tilbydes offentligheden på et ikke-diskriminerende og kontinuerligt grundlag

b) »kompetent myndighed«: enhver offentlig myndighed eller gruppe af offentlige myndigheder i en eller flere medlemsstater, som har beføjelse til at gribe ind i offentlig personbefordring inden for et bestemt geografisk område, og ethvert andet organ, som har fået overdraget en sådan beføjelse

[...]

i) »kontrakt om offentlig trafikbetjening«: et eller flere juridisk bindende dokumenter, hvorved der indgås en aftale mellem en kompetent myndighed og en operatør af offentlig trafikbetjening om overdragelse af forvaltning og drift af offentlig personbefordring, der er omfattet af de offentlige serviceforpligtelser, til operatøren af offentlig trafikbetjening [...]«.

10. Artikel 3, stk. 1, bestemmer, at når en kompetent myndighed beslutter at tildele den valgte operatør eneret og/eller kompensation af en hvilken som helst art for at opfylde den offentlige serviceforpligtelse, skal det ske i form af en kontrakt om offentlig trafikbetjening.

11. Artikel 4, der bærer overskriften »Obligatorisk indhold i kontrakter om offentlig trafikbetjening og generelle regler«, bestemmer bl.a.:

»1. I kontrakter om offentlig trafikbetjening [...] skal det:

[...]

b) på objektiv og gennemsigtig måde på forhånd fastlægges,

i) hvilke parametre en eventuel kompensation beregnes ud fra, og

ii) hvilken form og i hvilket omfang eventuelle enerettigheder ydes

og på en sådan måde, at overkompensation udelukkes. [...]

[...]

7. Det skal klart fremgå af udbudsmateriale og kontrakter om offentlig trafikbetjening, om og i givet fald i hvilket omfang underentrepriser kan komme på tale. Ved underentrepriser er den operatør, der har fået til opgave at forvalte og levere offentlig personbefordring i henhold til denne forordning, forpligtet til selv at udføre en væsentlig del af denne offentlige personbefordring. En kontrakt om

offentlig trafikbetjening, der på samme tid vedrører udformning, tilrettelæggelse og udførelse af offentlig personbefordring, kan fastsætte, at leveringen af de pågældende ydelser kan gives i fuld underentreprise. Kontrakten om offentlig trafikbetjening skal i overensstemmelse med national ret og fællesskabsretten fastlægge, hvilke betingelser der gælder for underentrepriser.«

12. Artikel 5, der bærer overskriften »Indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening«, bestemmer i stk. 1:

»1. Kontrakter om offentlig trafikbetjening indgås efter reglerne i denne forordning. Servicekontrakter eller kontrakter om offentlig trafikbetjening som defineret i direktiv 2004/17/EF eller 2004/18/EF vedrørende offentlig personbefordring med bus eller sporvogn indgås efter procedurerne fastlagt i disse direktiver, i det omfang sådanne kontrakter ikke er udformet som koncessionskontrakter om tjenesteydelser som defineret i disse direktiver. Hvis kontrakter skal indgås i overensstemmelse med direktiv 2004/17/EF eller 2004/18/EF, anvendes nærværende artikels stk. 2-6 ikke.«

13. Artikel 5, stk. 2-6, indeholder regler om indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening, der udgør undtagelser fra EU's regler om offentlige udbud. Eksempelvis bestemmes, at »[m]edmindre national ret forbyder det, kan de kompetente myndigheder indgå kontrakter uden forudgående udbud om offentlig trafikbetjening, enten hvis den årlige gennemsnitsværdi anslås til højst 1 000 000 EUR, eller hvis det årlige transportarbejde i forbindelse med offentlig personbefordring er højst 300 000 vognekilometer«⁹.

14. Artikel 8, stk. 2, foreskriver en overgangsperiode for gennemførelsen af artikel 5. Mens indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening med jernbane og ad vej er underlagt artikel 5 fra den 3. december 2019, er det et krav, at medlemsstater gradvist bringer sig i overensstemmelse med bestemmelsen i overgangsperioden med henblik på at undgå alvorlige strukturproblemer¹⁰. Artikel 8, stk. 2, andet afsnit, stk. 3 og 4, i forordning nr. 1370/2007 fastsætter yderligere detaljer om dette overgangskrav. Imidlertid følger det af sidste punktum i artikel 8, stk. 1, at artikel 8, stk. 2-4, ikke finder anvendelse på kontrakter om offentlig trafikbetjening for offentlig personbefordring med bus, som artikel 5, stk. 1, henviser til.

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

15. Den 7. marts 2015 offentliggjorde Stadt Augsburg (byen Augsburg) og Landkreis Augsburg (landdistriktet Augsburg) (herefter »de ordregivende myndigheder«) en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, der opfordrede tilbudsgivere til at afgive bud om levering af offentlig personbefordring med bus (»Buslinjen Lech-Nord«)¹¹. I henhold til udbudsbekendtgørelsen kunne tilbudsgivere give op til 30% af tjenesteydelsen (målt efter køreplanskilometer) i underentreprise.

16. Hörmann Reisen GmbH er en lille eller mellemstor virksomhed med hjemsted i Tyskland, der udfører offentlig transport. For at deltage i udbudsproceduren med succes skulle den gøre mere omfattende brug af underentreprise, end det var tilladt i henhold til udbudsbekendtgørelsen.

17. Hörmann Reisen anfægtede derfor begrænsningen af underentreprise ved Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern) og anførte, at artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 fører til, at forordningen ikke finder anvendelse i hovedsagen, og at begrænsningen af underentreprise ikke er forenelig med direktiv 2004/18. De ordregivende myndigheder har på den

9 — Artikel 5, stk. 4.

10 — Artikel 8, stk. 2, første afsnit.

11 — EUT 2015/S 47-81632.

anden side gjort gældende, at forordning nr. 1370/2007 finder anvendelse i hovedsagen, og at forordningens artikel 4, stk. 7, gjorde det muligt for dem at begrænse underentreprise, således som de havde gjort det. Kravet om egen drift på mindst 70% er i overensstemmelse med forpligtelsen for den valgte operatør til at udføre »en væsentlig del« af den omhandlede offentlige personbefordring.

18. Henset til, at sagens udfald afhænger af, hvilke EU-retlige bestemmelser der finder anvendelse på den omhandlede udbudsprocedure, har Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er det i forbindelse med en udbudsprocedure i henhold til artikel 5, stk. 1, i [forordning nr. 1370/2007], sammenholdt med [direktiv 2004/18] og [direktiv 2014/24], i princippet kun bestemmelserne i disse direktiver, der finder anvendelse, således at de bestemmelser i [forordning nr. 1370/2007], der fraviger bestemmelserne i de pågældende direktiver, ikke skal anvendes?
- 2) Skal lovligheden af underentrepriser i forbindelse med en [sådan] udbudsprocedure [...] udelukkende afgøres efter de regler, som Domstolen har udviklet på grundlag af [direktiv 2004/18] og efter artikel 63, stk. 2, i [direktiv 2014/24], eller kan en ordregivende myndighed [...] i henhold til artikel 4, stk. 7, i [forordning nr. 1370/2007] fravige disse og for tilbudsgiver fastsætte en procentuel kvote for egen drift (målt efter køreplanskilometer)?
- 3) Såfremt artikel 4, stk. 7, [...] finder anvendelse på udbudsprocedurer i henhold til artikel 5, stk. 1, i [forordning nr. 1370/2007], sammenholdt med [direktiv 2004/18] og [direktiv 2014/24], er den ordregivende myndighed under hensyntagen til 19. betragtning til [forordningen] [...] så frit stillet ved fastsættelsen af kvoten for egen drift, således at den ordregivende myndigheds krav om en kvote for egen drift på 70% målt efter køreplanskilometer kan være berettiget?«

19. Der er indgivet skriftlige indlæg af Hörmann Reisen, de ordregivende myndigheder samt Europa-Kommissionen. Der er ikke afholdt retsmøde, da ingen af sagens parter har anmodet herom.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger

20. Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern) er en »ret« som omhandlet i artikel 267 TEUF og er derfor berettiget til at forelægge spørgsmål til Domstolen med henblik på en præjudiciel afgørelse¹².

21. De ordregivende myndigheder og Kommissionen henviser til både direktiv 2004/18 og direktiv 2004/17/EF i deres skriftlige indlæg¹³. Direktiv 2004/17, der almindeligvis benævnes »forsyningsvirksomhedsdirektivet«¹⁴, finder kun anvendelse på en situation som den i hovedsagen omhandlede, såfremt de ordregivende myndigheder selv udfører transporttjenester som omhandlet i direktivets artikel 5¹⁵. Imidlertid er der ikke tilstrækkelige oplysninger til rådighed for Domstolen til,

12 — Jf. i denne retning dom af 18.9.2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, præmis 20-23).

13 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjeneste (EUT 2004, L 134, s. 1).

14 — Jf. eksempelvis dom af 10.4.2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, præmis 26).

15 — Dvs. »tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel« (artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17).

at den kan tage stilling til, om betingelsen er opfyldt, og selv hvis dette havde været tilfældet, hvorvidt de faktiske omstændigheder gør, at artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/17 er til hinder for anvendelsen af direktivet¹⁶. Endvidere nævner de præjudicielle spørgsmål slet ikke direktiv 2004/17. Jeg behandler derfor ikke i det følgende dette direktiv yderligere.

22. Endvidere søger den forelæggende ret vejledning fra Domstolen om artikel 4, stk. 7, og artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007, sammenholdt med enten direktiv 2004/18 eller direktiv 2014/24. Ifølge fast retspraksis er det direktiv, der skal anvendes, som udgangspunkt det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt eller ikke. Derimod finder et direktiv ikke anvendelse, hvor gennemførelsesfristen er udløbet efter dette tidspunkt¹⁷. Således har Domstolen for nylig fastslået, at anvendelsen af direktiv 2014/24, før fristen for dets gennemførelse er udløbet, ville forhindre såvel medlemsstaterne som ordregivende myndigheder og økonomiske operatører i at have en tilstrækkelig lang frist til at tilpasse sig de ved direktivet indførte nye bestemmelser¹⁸. Dette er navnlig relevant for så vidt angår underentreprise: Artikel 63, stk. 2, i direktiv 2014/24 indfører her væsentlige ændringer i forhold til artikel 25 i direktiv 2004/18¹⁹. I hovedsagen blev udbudsbekendtgørelsen offentliggjort den 7. marts 2015, dvs. mere end et år forud gennemførelsesfristen for direktiv 2014/24. Følgelig finder direktiv 2014/24 *ratione temporis* ikke anvendelse i hovedsagen, og jeg behandler derfor kun den forelæggende rets spørgsmål i lyset af forordning nr. 1370/2007 og direktiv 2004/18.

23. Den forelæggende ret har ikke oplyst værdien af den omhandlede kontrakt om offentlig trafikbetjening. Imidlertid fremgår det af udbudsbekendtgørelsen, der blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, at kontrakten omfattede ca. 639 000 kilometer personbefordring med bus²⁰. Det forekommer mig, at Kommissionen formentlig har ret i, at kontraktens værdi overstiger tærsklen for anvendelsen af direktiv 2004/18²¹. Dette er imidlertid noget, som den forelæggende ret skal afgøre.

24. Ved det første og det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret grundlæggende oplyst, hvorvidt offentlig personbefordring med bus, der er genstand for den omhandlede kontrakt om offentlig trafikbetjening, er omfattet af de særlige regler om underentreprise i artikel 4, stk. 7, i forordning nr. 1370/2007, selv om kontrakten skal indgås i henhold til direktiv 2004/18. Jeg vil derfor foretage en samlet behandling af disse spørgsmål. Det tredje spørgsmål adskiller sig herfra, idet det omhandler anvendelsesområdet for kravet om egen drift i artikel 4, stk. 7, andet punktum. Jeg vil derfor tage særskilt stilling til dette spørgsmål.

16 — Det følger af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/17, sammenholdt med artikel 2, stk. 4, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT1993, L 199, s. 84), at offentlig trafikbetjening med bus ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17 i tilfælde, hvor andre enheder frit kan levere disse tjenesteydelser enten generelt eller inden for et bestemt geografisk område under samme betingelser som de ordregivende enheder.

17 — Jf. for nylig dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

18 — Dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 86).

19 — Artikel 63, stk. 2, i direktiv 2014/24 gør det muligt for ordregivende myndigheder at stille krav om, at »visse centrale opgaver« udføres direkte af tilbudsgiveren selv, eller hvis et bud indgives af en sammenslutning af økonomiske aktører, af en deltager i sammenslutningen. I modsætning til artikel 25 i direktiv 2004/18 tillader det derfor udtrykkeligt, at der kan indføres begrænsninger i forbindelse med underentreprise, jf. mit forslag til afgørelse Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, punkt 39).

20 — Punkt II.2.1. Udbudsbekendtgørelsen indeholdte også den (valgfrie) mulighed for at indgå en kontrakt om offentlig trafikbetjening, der dækkede ca. 834 500 kilometer.

21 — Jf. fodnote 5 til dette forslag til afgørelse.

Det første og det andet spørgsmål: Er en kontrakt om offentlig personbefordring med bus eller sporvogn underlagt de særlige regler om underentreprise i artikel 4, stk. 7, i forordning nr. 1370/2007?

25. Der er enighed om, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt vedrører offentlig personbefordring ad vej som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1370/2007. Der er ligeledes enighed om, at kontrakten vedrører »offentlig personbefordring med bus« som omhandlet i forordningens artikel 5, stk. 1.

26. Henvisningen i artikel 5, stk. 1, til udbudsprocedurer i udbudsdirektiverne udelukker de koncessioner om tjenesteydelser, der er defineret i disse direktiver²². Domstolen har tidligere udledt af disse definitioner, at en *tjenesteydelseskontrakt* omfatter et vederlag, som betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen, mens vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres ved en *koncessionskontrakt* om tjenesteydelser, består i retten til (enten som sådan eller i forbindelse med betalingen) at udnytte tjenesteydelsen²³. Her angiver udbudsbekendtgørelsen, der blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, at den valgte tilbudsgiver skal modtage månedsvi betaling fra de ordregivende myndigheder²⁴. Selv om dette imidlertid tilkommer den forelæggende ret at afgøre, mener jeg, at Domstolen skal lægge til grund, at denne kontrakt *ikke* er en koncessionskontrakt om tjenesteydelser som omhandlet i direktiv 2004/18.

27. Følgelig skal den omhandlede kontrakt i henhold til artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007, indgås i henhold til direktiv 2004/18 frem for i henhold til de særlige regler om indgåelse i forordningens artikel 5, stk. 2-6, eller overgangsbestemmelserne i forordningens artikel 8, stk. 2-4²⁵.

28. Betyder dette, at de særlige regler om underentreprise i artikel 4, stk. 7, i forordning nr. 1370/2007 ikke finder anvendelse på kontrakten?

29. For at besvare dette spørgsmål skal artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 behandles nærmere. I henhold til fast retspraksis er det ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse nødvendigt ikke blot at tage hensyn til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, og de mål, der følges med den ordning, som den udgør en del af²⁶.

30. For så vidt angår ordlyden af artikel 5, stk. 1, angiver bestemmelsens første punktum, at kontrakter om offentlig personbefordring skal indgås »efter reglerne i [forordning nr. 1370/2007]«.

31. Andet punktum fraviger reglen i første punktum for offentlig personbefordring med bus eller sporvogn, der ikke udgør en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, mens tredje punktum dernæst præciserer anvendelsesområdet for denne fravigelse: Såfremt en kontrakt skal indgås i henhold til direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, »anvendes [artikel 5], stk. 2-6, ikke«. Fravigelsen i artikel 5, stk. 1, andet punktum, omhandler således udelukkende de særlige regler om udbudsprocedurer i disse bestemmelser. Tredje punktum savner mening, såfremt lovgivers formål var at fjerne andre kontrakter om offentlig personbefordring med bus eller sporvogn end koncessionskontrakter om tjenesteydelser fra anvendelsesområdet for de *øvrige* bestemmelser i forordning nr. 1370/2007 herunder reglerne om underentreprise i artikel 4, stk. 7. I en sag som den i hovedsagen omhandlede udgør artikel 4, stk. 7, derfor en *lex specialis* i forhold til de bestemmelser om underentreprise, der finder anvendelse i henhold til direktiv 2004/18.

22 — Jf. artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18. Artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17 indeholder en sammenlignelig definition.

23 — Jf. bl.a. dom af 10.11.2011, Norma-A og Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, præmis 41).

24 — Udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2.

25 — Artikel 8, stk. 1, sidste punktum, i forordning nr. 1370/2007; jf. punkt 14 i dette forslag til afgørelse.

26 — Jf. bl.a. dom af 17.11.1983, Merck (292/82, EU:C:1983:335, præmis 12), og af 17.3.2016, Liffers (C-99/15, EU:C:2016:173, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

32. I modsætning til Hörmann Reisens opfattelse er denne fortolkning ikke i overensstemmelse med udtrykket »den operatør, der har fået til opgave at forvalte og levere offentlig personbefordring i henhold til [forordning nr. 1370/2007]« i artikel 4, stk. 7²⁷. Formålet med artikel 5, stk. 1, er *ikke* at skabe en generel undtagelse for offentlig personbefordring med bus eller sporvogn fra forordningens anvendelsesområde, men at præcisere en langt mere begrænset undtagelse. I forordning nr. 1370/2007 overdrages sådanne transporttjenester derfor kun til operatører af offentlig trafikbetjening²⁸ med forbehold af denne begrænsede undtagelse.

33. Den sammenhæng, som artikel 5, stk. 1, optræder i, støtter endvidere denne fortolkning. Undtagelsen for offentlig transport med bus eller sporvogn findes i en bestemmelse om »Indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening«. Forordning nr. 1370/2007 adskiller således klart dette forhold fra bl.a. »Obligatorisk indhold i kontrakter om offentlig trafikbetjening og generelle regler«, der reguleres i artikel 4.

34. Endvidere er min konklusion i overensstemmelse med anvendelsesområdet for forordning nr. 1370/2007 som defineret i artikel 1, stk. 2. Bestemmelsen fastsætter bl.a., at forordningen finder anvendelse på »national og international offentlig personbefordring [...] ad vej [...]«. Denne ordlyd, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, tredje punktum, bekræfter, at lovgivers hensigt ikke var at skabe en generel undtagelse fra anvendelsesområdet for forordning nr. 1370/2007 for kontrakter for offentlig personbefordring med bus, der ikke er koncessionskontrakter om tjenesteydelser.

35. Endelig bidrager denne fortolkning til forordningens formål ved at gøre det muligt for de kompetente myndigheder at levere tjenesteydelser af almen interesse – såsom den i hovedsagen omhandlede offentlige personbefordring med bus – som bl.a. er hyppigere, sikrere, bedre eller billigere end, hvad der kan opnås ved alene at lade markedskræfterne virke²⁹.

36. Som det fremgår af niende betragtning til forordning nr. 1370/2007, forudsætter forfølgelsen af dette formål, at de kompetente myndigheder frit kan vælge operatør af offentlig trafikbetjening under hensyn til små og mellemstore virksomheders interesser på de vilkår, der fastsættes i forordningen. Selv om EU-lovgiver således har anerkendt, at underentreprise kan bidrage til mere effektiv offentlig personbefordring, anerkendte den også, at for at opnå den bedst mulige anvendelse af de offentlige midler »bør de kompetente myndigheder [...] kunne fastlægge de nærmere bestemmelser for at give deres offentlige personbefordring i underentreprise«. Artikel 4, stk. 7, i forordning nr. 1370/2007 giver derfor efter omstændighederne de kompetente myndigheder fleksibilitet til at afgøre, hvorvidt underentreprise kan bidrage til den mest effektive levering af personbefordring af almen interesse³⁰.

37. Jeg mener ikke, at det fremgår af forordningen, at det var EU-lovgivers hensigt at fratage de kompetente myndigheder den samme fleksibilitet, når de indgår kontrakter om levering af personbefordring med bus, der ikke udgør koncessionskontrakter om tjenesteydelser.

38. Det er derfor min konklusion, at artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 skal fortolkes således, at en kontrakt om offentlig trafikbetjening for offentlig personbefordring med bus, som den i hovedsagen omhandlede, der ikke udgør en koncessionskontrakt om tjenesteydelser som defineret i direktiv 2004/18, og som skal indgås i henhold til dette direktiv, er omfattet af forordning nr. 1370/2007 med undtagelse af reglerne vedrørende indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening i direktivets artikel 5, stk. 2-6. Sådan en kontrakt er følgelig omfattet af de særlige regler om underentreprise i artikel 4, stk. 7, i forordning nr. 1370/2007.

27 — Min fremhævelse.

28 — Artikel 1, stk. 2.

29 — Artikel 1, stk. 1, første afsnit.

30 — Artikel 4, stk. 7, andet punktum, begrænser imidlertid denne fleksibilitet ved at kræve, at den valgte operatør udfører »en væsentlig del« af den offentlige personbefordring selv. Jf. punkt 39-47 i dette forslag til afgørelse.

Det tredje spørgsmål: Hvad er anvendelsesområdet for kravet om egen drift i artikel 4, stk. 7, andet punktum, i forordning nr. 1370/2007?

39. Artikel 4, stk. 7, opstiller tre generelle krav i forbindelse med underentreprise. For det første skal det »klart fremgå«, om og i givet fald i hvilket omfang underentrepriser kan komme på tale. Ved underentrepriser er den valgte operatør, der har fået til opgave at forvalte og levere offentlig personbefordring i henhold forordning nr. 1370/2007, for det andet forpligtet til selv at udføre »en væsentlig del« af denne offentlige personbefordring. For det tredje skal de betingelser, der finder anvendelse på underentreprisen, fastsættes i kontrakten om offentlig trafikbetjening. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt kravet om egen drift i artikel 4, stk. 7, andet punktum, udgør et minimum, og hvorvidt der derfor tilkommer de kompetente myndigheder et videre skøn til at begrænse underentreprise yderligere.

40. Udtrykket »en væsentlig del« er upræcist. Det efterlader således uden tvivl de kompetente myndigheder en vis skønsmargen. Her skal jeg bemærke, at et krav om, at den valgte operatør skal udføre *en væsentlig del* af den offentlige personbefordring, ikke er det samme som at kræve, at operatøren udfører *den væsentlige del*³¹. Følgelig fortolker jeg ikke artikel 4, stk. 7, andet punktum, således, at det er et krav, at den valgte operatør selv udfører »mindst 50%« af de omhandlede tjenesteydelser. De øvrige sprogversioner af artikel 4, stk. 7, synes at bekræfte denne fortolkning³².

41. Hörmann Reisen har i det væsentlige gjort gældende, at kravet i artikel 4, stk. 7, fastsætter det *maksimale niveau* for egen drift, som kan pålægges af de kompetente myndigheder. Som det anføres i 19. betragtning, kan underentreprise bidrage til mere effektiv offentlig personbefordring. De kompetente myndigheder kan derfor ikke pålægge et krav om egen drift, der udgør *mere end* »en væsentlig del« af de pågældende tjenesteydelser – eksempelvis »hovedparten« eller »langt størstedelen« af disse tjenesteydelser. Hörmann Reisen konkluderer derfor, at det i hovedsagen omhandlede minimumskrav om egen drift (70%) er uforeneligt med artikel 4, stk. 7, andet punktum, såfremt denne bestemmelse finder anvendelse i sagen.

42. Jeg er uenig i dette. Det følger af ordlyden af artikel 4, stk. 7, og af bestemmelsens formål og tilblivelseshistorie, at kravet om egen drift i andet punktum alene fastsætter et minimum.

43. For det første skal kravet i artikel 4, stk. 7, andet punktum, sammenholdes med princippet i første punktum, hvorefter det skal fremgå af udbudsmaterialet og kontrakterne om offentlig trafikbetjening, hvorvidt underentreprise kan komme på tale (»considered« i den engelske sprogversion) og i givet fald i hvilket omfang. Denne formulering tyder på, at de kompetente myndigheder har en vid skønsmargen for så vidt angår begrænsning af underentreprise.

44. Endvidere følger det af artikel 4, stk. 7, tredje punktum, at de ordregivende myndigheder »kan fastsætte, at [leveringen af de pågældende ydelser] kan gives i fuld underentreprise« for kontrakter, »der på samme tid vedrører udformning, tilrettelæggelse og udførelse af offentlig personbefordring«³³. Idet tredje punktum er en undtagelse til reglen i andet punktum, tyder dens ordlyd på, at sidstnævnte punktum kun indeholder et minimumskrav.

31 — Sidstnævnte ordlyd anvendes i artikel 5, stk. 2, litra e), i forordning nr. 1370/2007. Bestemmelsen omhandler imidlertid offentlig personbefordring gennem en »intern operatør« og synes derfor ikke at være relevant for hovedsagen.

32 — Jf. eksempelvis den tyske version (»einen bedeutenden Teil«), den spanske version (»una parte importante«), den franske version (»une partie importante«), den italienske version (»una parte importante«), den hollandske version (»een aanzienlijk deel«) og den svenske version (»en stor del«).

33 — Jeg bemærker, at der er intet i forelæggelsesafgørelsen (eller i de oplysninger, der er til rådighed for Domstolen i øvrigt), der tyder på, at den omhandlede kontrakt om offentlig personbefordring faktisk svarer til den definition.

45. Den omstændighed, at de kompetente myndigheder hindres i at kræve, at den valgte operatør af offentlig trafikbetjening udfører hovedparten eller hele den offentlige personbefordring selv, ville ikke være i overensstemmelse med EU-lovgivers målsætning om at give disse myndigheder fleksibilitet med henblik på at opnå den bedst mulige anvendelse af de offentlige midler, når de tilrettelægger deres offentlige personbefordring³⁴. Dette ville også være svært at begrunde i lyset af den ret, der utvivlsomt tilkommer de kompetente myndigheder, til at udelukke enhver form for underentreprise (denne ret følger helt enkelt af udtrykket »[d]et skal fremgå [...] om [...] underentreprise kan komme på tale« i artikel 4, stk. 7, første punktum).

46. Endelig støttes denne fortolkning af tilblivelseshistorien for forordning nr. 1370/2007. Artikel 4, stk. 7, andet punktum, stammer fra en ændring, der blev indført af Europa-Parlamentet ved andenbehandlingen under proceduren³⁵. Europa-Parlamentets Transport- og Turismeudvalg begrundede dette som følger: »Overdrages anvendelsen af rullende materiel og medarbejdere udelukkende til underentreprenører, der igen kan anvende underentreprenører, giver dette anledning til frygt for negative konsekvenser for de eksisterende sociale standarder og kvalitetsstandarder. Dette kan kun imødegås, ved at virksomheder, der har en kontrakt om offentlig trafikbetjening, er forpligtet til selv at udføre størstedelen af den offentlige personbefordring, hvis de giver opgaver i underentreprise«³⁶. Det forekommer mig at være tydeligt, at en udbudsbekendtgørelse, der stiller krav om, at den valgte operatør af offentlig trafikbetjening udfører mere end »en væsentlig del« af den offentlige personbefordring selv – eller velsagtens samtlige disse ydelser – ikke kan underminere denne målsætning.

47. På denne baggrund konkluderer jeg, at en ordregivende myndighed i en situation som den i hovedsagen omhandlede ikke tilsidesætter kravet i artikel 4, stk. 7, andet punktum, i forordning nr. 1370/2007, såfremt det af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at den valgte tilbudsgiver ikke er berettiget til at give mere end 30% af den offentlige personbefordring med bus (målt efter køreplanskilometer), som tilbudsgiveren har fået til opgave at levere ved en kontrakt om offentlig trafikbetjening, i underentreprise.

Forslag til afgørelse

48. I lyset af de ovennævnte betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern) som følger:

»1) Artikel 5, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 skal fortolkes således, at en kontrakt om offentlig trafikbetjening offentlig personbefordring med bus som den i hovedsagen omhandlede, der ikke udgør en koncessionskontrakt om tjenesteydelser som defineret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, og som skal indgås i henhold til dette direktiv, er omfattet af forordning

34 — Jf. punkt 35 og 36 i dette forslag til afgørelse.

35 — Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning af 10.5.2007 om Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70, 13736/1/2/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212(COD) (EUT 2008, C 76 E, s. 92).

36 — Transport- og Turismeudvalgets indstilling af 4.4.2007 om Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70, 13736/1/2/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212(COD), ændringsforslag 21. Selv om artikel 4, stk. 7, anvender udtrykket »en væsentlig del af« i stedet for »størstedelen af«, ændrer det ikke på det synspunkt, som jeg har givet udtryk for i sidste punktum i punkt 46.

nr. 1370/2007 med undtagelse af reglerne om indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening i artikel 5, stk. 2-6. Sådan en kontrakt er følgelig omfattet af de særlige regler om underentreprise i artikel 4, stk. 7, i forordning nr. 1370/2007.

- 2) Det følger af artikel 4, stk. 7, andet punktum, i forordning nr. 1370/2007, at en kompetent myndighed i en situation som den i hovedsagen omhandlede i udbudsbekendtgørelsen kan angive, at den valgte tilbudsgiver ikke er berettiget til at give mere end 30% af den offentlige personbefordring med bus (målt efter køreplanskilometer), som tilbudsgiveren har fået til opgave at levere ved kontrakten om offentlig trafikbetjening, i underentreprise.«