DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

10. november 2011 *

I sag C-348/10,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Augstākās tiesas Senāts (Letland) ved afgørelse af 2. juli 2010, indgået til Domstolen den 9. juli 2010, i sagen:

Norma-A SIA,

Dekom SIA

mod

Latgales plānošanas reģions, som er indtrådt i rettighederne efter Ludzas novada dome,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), og dommerne U. Lõhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh og A. Arabadjiev,

* Processprog: lettisk.

generaladvokat: P. Cruz Villalón
justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. maj 2011,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Norma-A SIA ved advokāte L. Krastiņa og I. Azanda

— Latgales plānošanas reģions, der er indtrådt i rettighederne efter Ludzas novada dome, ved J. Pļuta

— den lettiske regering ved M. Borkoveca og K. Krasovska, som befuldmægtigede

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Europa-Kommissionen ved C. Zadra og A. Sauka, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 7. juli 2011,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 3, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EFT L 134, s. 1) og artikel 2d, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 76, s. 14), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT L 335, s. 31, herefter »direktiv 92/13«).

2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Norma-A SIA og Dekom SIA på den ene side og Latgales plānošanas reģions, som er indtrådt i rettighederne efter Ludzas novada dome (distriktsrådet i Ludza (Letland)), på den anden side vedrørende tildelingen til Ludzas autotransporta uzņēmums SIA af »koncessionen« for offentlige bustransportydelser i byen og distriktet Ludza.

Retsforskrifter

EU-retlige forskrifter

3 Artikel 1, stk. 2, litra a) og d), og artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17 bestemmer:

»2. a) Ved »vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en eller flere ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, stk. 2, og en eller flere entreprenører, leverandører eller tjenesteydere.

[...]

d) Ved »tjenesteydelseskontrakter« forstås kontrakter, bortset fra bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, som vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag XVII.

[...]

3. [...]

b) Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

4 Nævnte direktivs artikel 2 bestemmer:

»1. I dette direktiv forstås ved:

a) »*ordregivende myndigheder*«: staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere sådanne offentligretlige organer

[...]

2. Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7

[...]«

5 Artikel 5 i direktiv 2004/17 bestemmer:

»1. Dette direktiv gælder for tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

[...]

2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på foretagender, der betjener offentligheden med bustransport, som er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38/EØF i henhold til dettes artikel 2, stk. 4.«

6 Artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 4, 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 (EUT L 134, s. 114) bestemmer:

»2. a) Ved »offentlige kontrakter« forstås 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 dette direktiv.

[…]

4. Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås 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.«

7 Artikel 1, stk. 1, i direktiv 92/13 bestemmer:

»Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i […] direktiv 2004/17 […], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 5, stk. 2, artikel 18-26, artikel 29 og 30 eller artikel 62 i nævnte direktiv.

[…]«

8 Artikel 2d, stk. 1, i direktiv 92/13 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af ordregiveren, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

[…]

b) hvis bestemmelserne i dette direktivs artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, eller artikel 2a, stk. 2, er overtrådt, og denne overtrædelse har frataget tilbudsgiver muligheden for at iværksætte retslige skridt forud for indgåelsen af kontrakten, såfremt en sådan overtrædelse er kombineret med en overtrædelse af direktiv 2004/17[…], og denne overtrædelse har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager

[...]«

9 Artikel 2f, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne kan fastsætte, at en klage i henhold til artikel 2d, stk. 1, skal indgives:

[...]

b) og i alle tilfælde inden udløbet af en periode på mindst seks måneder regnet fra dagen efter den dag, hvor kontrakten er indgået.«

10 Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2007/66, hvorved bestemmelserne nævnt i denne doms præmis 7-9 indsattes i direktiv 92/13, bestemmer:

»Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 20. december 2009. […]«

Nationale bestemmelser

11 I henhold til artikel 1, stk. 7, i lov om samarbejde mellem den offentlige og den private sektor (Publiskās un privātās partnerības likums, *Latvijas Vēstnesis,* 2009, nr. 107, s. 4093), som trådte i kraft den 1. oktober 2009, er en koncessionsaftale om tjenesteydelser en kontrakt, hvorefter en privat partner på opfordring fra en offentlig partner

leverer de tjenesteydelser, der er nævnt i bilag 2 til lov om offentlige kontrakter (Publisko iepirkumu likums), og som vederlag eller som en væsentlig del af vederlaget for levering af disse tjenesteydelser opnår retten til at udnytte de pågældende tjenesteydelser, men samtidig også påtager sig risikoen, eller en væsentlig andel af denne, ved driften af tjenesteydelserne.

12 I medfør af artikel 1, stk. 8, omfatter retten til at udnytte et værk eller en tjenesteydelse retten til at modtage betaling fra værkets eller tjenesteydelsens slutbrugere eller retten til at opnå et vederlag fra den offentlige partner, hvis størrelse afhænger af slutbrugernes efterspørgsel efter de pågældende tjenesteydelser, eller endog retten til at opnå såvel en betaling fra slutbrugerne som et vederlag fra den offentlige partner.

13 I henhold til artikel 1, stk. 9, foreligger der risici ved driften af et værk eller tjenesteydelser (økonomiske risici), når den private partners indtægter afhænger af slutbrugernes efterspørgsel efter værket eller tjenesteydelserne (efterspørgselsrisikoen) og/eller af, om tjenesteydelsen tilbydes slutbrugerne i overensstemmelse med de i koncessionskontrakten fastsatte betingelser (disponibilitetsrisikoen), eller når indtægterne afhænger af efterspørgselsrisikoen og disponibilitetsrisikoen i forening.

14 Artikel 6, stk. 3, i lov om offentlige transportydelser (sabiedriskā transporta pakalpojumu likums, *Latvijas Vēstnesis,* 2007, nr. 106, s. 3682) bestemmer bl.a., at de offentlige transportydelser tilrettelægges ud fra efterspørgslen efter sådanne ydelser, idet der tages hensyn til den nødvendige belægning og regelmæssighed af transporterne inden for rammerne af nettet, omfanget og kvaliteten af ydelserne, den økonomiske bæredygtighed af transporterne og ved at fastlægge den måde, hvorpå transporten af de rejsende tilrettelægges.

15 Denne lovs artikel 10, stk. 1, bestemmer, at transportørens tab og udgifter, der er forbundet med levering af disse ydelser, kompenseres i henhold til bestemmelserne i den nævnte lovs artikel 11 og 12.

16 Samme lovs artikel 11, stk. 1, bestemmer følgende:

»Transportøren kompenseres for de tab, der er forbundet med levering af de offentlige transportydelser:

1) med deres fulde beløb ved de til dette formål afsatte midler på statens budget for så vidt angår de interurbane ruter, der henhører under et regionalt transportnet

1[1]) fra de til dette formål afsatte midler på statens budget for så vidt angår de ruter, der henhører under et regionalt transportnet af lokal interesse

1[2]) fra de lokale budgetter for så vidt angår de ruter, der henhører under et regionalt transportnet af lokal interesse, i det omfang udbuddet af de offentlige transporttjenester overstiger den øvre grænse for de midler, der er afsat på statens budget til sikring af disse tjenesteydelser

[…]«

17 Følgende fremgår af artikel 12 i lov om offentlige transportydelser:

»1) Såfremt staten fastsætter et eller flere minimumskrav til kvaliteten af de offentlige transportydelser, som ikke ville skulle opfyldes af en transportør, der opererer med gevinst for øje, og såfremt opfyldelsen heraf genererer yderligere omkostninger, har transportøren ret til at modtage en kompensation fra staten for alle disse yderligere omkostninger.

2) Transportører, der leverer offentlige transportydelser inden for rammerne af udbuddet af de offentlige transportydelser, ydes kompensation for udgifterne nævnt i stk. 1, såfremt minimumskravene til kvaliteten er fastsat, efter at levering af de offentlige transportydelser er påbegyndt.

3) Bestemmelserne, som regulerer definitionen og beregningen af samt kompensationen for de udgifter, der er nævnt i stk. 1, tildelingen til de lokale myndigheder af den del af det nationale budget, som er hensat til dækning af disse udgifter, og kontrollen med, at disse midler anvendes lovligt og på korrekt vis, udarbejdes af ministerrådet.«

18 Ministerrådets dekret nr. 672 om kompensation for de tab og udgifter, der opstår i forbindelse med levering af offentlige transportydelser, og om fastsættelse af takster for brugen af offentlige transportydelser (sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, nr. 175, s. 3751) af 2. oktober 2007, der har været i kraft indtil den 20. november 2009, og ministerrådets dekret nr. 1226 af 26. oktober 2009 (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, nr. 183, s. 4169, herefter

»dekret 2009/1226«), der har erstattet dekretet fra den 21. november 2009, har begge hjemmel i lov om offentlige transportydelser.

19 Artikel 2 i dekret 2009/1226 bestemmer:

»Transportøren kompenseres for følgende tab, som er forbundet med opfyldelsen af kontrakten om levering af offentlige transportydelser:

2.1 de uomgængelige udgifter, som er forbundet med opfyldelsen af kontrakten om levering af offentlige transportydelser, og som overstiger de opnåede indtægter

2.2 de udgifter, der opstår ved anvendelsen af de af ordregiveren fastsatte takster

2.3 de udgifter, der måtte opstå som følge af, at ordregiveren indfører en reduceret pris for transporten af visse grupper passagerer.«

20 Dekretets artikel 3 bestemmer, at transportøren har ret til at anmode om kompensation for omkostninger, der er opstået i forbindelse med opfyldelsen af de minimumskrav til kvaliteten, som er blevet pålagt af ordregiveren eller gennem lovgivningen, efter at levering af de offentlige transportydelser er påbegyndt, såfremt udgiften i forbindelse med opfyldelsen heraf indebærer yderligere omkostninger.

21 Artikel 38 i dekret 2009/1226 bestemmer, at ordregiveren beregner omfanget af de tab, som transportøren skal kompenseres for, på baggrund af rapporten omhandlet i punkt 32.2 i dette dekret og oplysningerne omhandlet i punkt 32.3 og 32.4 heri, idet der også tages hensyn til, om ordregiveren har fastsat taksterne eller ej (billetter).

22 I medfør af dekretets artikel 39 beregner ordregiveren de faktiske tab på baggrund af de samlede indtægter ved opfyldelsen af kontrakten om levering af offentlige transportydelser med fradrag af de dokumenterede udgifter, som er opstået i forbindelse med levering af de offentlige transportydelser. I henhold til samme dekret skal der ved indtægter forstås indtægter fra billetsalg, herunder periodekort, samt lignende indtægter, som er opnået ved opfyldelsen af kontrakten om levering af offentlige transportydelser.

23 Artikel 40 i dekret 2009/1226 bestemmer, at ordregiveren beregner det kompensationsbeløb, som skal betales, ved at lægge et indtægtsbeløb til det tab, der er beregnet i henhold til det nævnte dekrets artikel 39. Indtægtsbeløbet findes ved at gange indtægterne med en procentvis avance, som beregnes ved at lægge 2,5 % til den gennemsnitlige europæiske interbankrente (Euribor) over de 12 måneder af det pågældende år.

24 Den forelæggende ret har anført, at det følger af nævnte dekrets artikel 49, at kompensationsbeløbet for tab ikke må overstige det samlede faktiske tabsbeløb, der er beregnet, såfremt tjenesteyderen har anvendt de af ordregiveren fastsatte takster (transportprisen).

25 Det følger af samme dekrets artikel 50, at hvis retten til at levere offentlige transportydelser tildeles i henhold til lov om offentlige kontrakter, fastsættes kompensationsbeløbet på baggrund af forskellen mellem den i kontrakten fastsatte pris på den offentlige transportydelse og de faktiske indtægter, der er opnået.

26 Følgende fremgår af artikel 57 i dekret nr. 2009/1226:

»Såfremt kontrakten om levering af offentlige transportydelser ophæves:

1) skal transportøren tilbagebetale ordregiveren de midler, der er modtaget for meget, hvis det kompensationsbeløb for tab, der er modtaget i forbindelse med levering af de offentlige transportydelser, overstiger det beregnede faktiske kompensationsbeløb, og ordregiveren ønsker at anvende disse midler til kompensation for andre transportørers tab

2) skal ordregiveren betale en kompensation for tab, såfremt der i forbindelse med levering af de offentlige transportydelser er betalt et kompensationsbeløb, der er lavere end det beregnede faktiske kompensationsbeløb.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

27 Ludzas rajona padome (distriktsrådet i Ludza) offentliggjorde den 17. juni 2009 en udbudsbekendtgørelse vedrørende retten til at levere offentlige bustransportydelser i byen og distriktet Ludza. Sagsøgerne i hovedsagen indgav deres bud den 6. august 2009.

28 Den 31. august 2009 blev den omhandlede kontrakt tildelt Ludzas autotransporta uzņēmums SIA, og som følge heraf besluttede Ludzas novada dome at indgå en koncessionskontrakt om offentlige transportydelser med dette selskab.

29 Den 16. september 2009 anlagde sagsøgerne i hovedsagen sag for Administratīvā rajona tiesa (den administrative ret i første instans), hvori de nedlagde påstand om annullation af ovennævnte afgørelse af 2. september 2009 fra Ludzas novada dome og fremsatte en begæring om udsættelse af opfyldelsen af kontrakten. Denne begæring blev efterkommet ved en afgørelse fra denne ret af 16. oktober 2009, som stadfæstedes den 14. december 2009 af Administratīvā apgabaltiesa (den administrative appelret).

30 Den forelæggende ret har anført, at de gældende nationale bestemmelser gav sagsøgerne i hovedsagen en ret til at anfægte afgørelsen af 2. september 2009 fra Ludzas novada dome for tilsynskontoret vedrørende offentlige kontrakter, og at dette burde have forhindret den ordregivende myndighed i at indgå kontrakten, før nævnte kontor traf afgørelse.

31 Den 9. oktober 2009 indgik Ludzas rajona padome og Ludzas autotransporta uzņēmums SIA en »koncessionskontrakt« om levering af de omhandlede transportydelser.

32 Sagsøgerne i hovedsagen iværksatte herefter en appelsag ved Administratīvā rajona tiesa, hvorunder de nedlagde påstand om, at denne kontrakt blev kendt ugyldig. Den 3. december 2009 afvistes appelsagen med den begrundelse, at nævnte kontrakt var underlagt de civilretlige regler, og at forvaltningsdomstolene derfor ikke havde kompetence til at behandle nævnte sag.

33 Den 11. maj 2010 ophævede Administratīva apgabaltiesa dommen afsagt i første instans og afviste den nedlagte påstand om ugyldighed med den begrundelse, at eftersom kontrakten var indgået inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66, havde sagsøgerne i hovedsagen ikke en subjektiv ret til at indbringe en sådan sag for domstolene.

34 Den 21. maj 2010 anlagde nævnte sagsøgere sag til prøvelse af afgørelsen fra Administratīva apgabaltiesa for den forelæggende ret. De har navnlig gjort gældende, at direktiv 2007/66 giver dem en subjektiv ret til at begære annullation af den omtvistede kontrakt, som følger af dette direktivs formål, som består i at give tredjeparter en ret til at begære annullation af kontrakter, der er indgået af staten eller lokale myndigheder.

35 Augstākās tiesas Senāts har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17[…] fortolkes således, at en kontrakt, hvorved den valgte tilbudsgiver tildeles ret til at levere offentlige bustransportydelser, skal anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i de tilfælde, hvor en del af vederlaget består i retten til at udnytte den offentlige transportydelse, men hvor den ordregivende myndighed samtidig kompenserer tjenesteyderen for de tab, der opstår som følge af driften, og når risikoen ved driften endvidere begrænses af de offentligretlige bestemmelser, der regulerer levering af tjenesteydelser, samt af de kontraktmæssige bestemmelser?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, finder artikel 2d, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13[…] da direkte anvendelse i […] Letland siden den 21. december 2009?

3) Såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 2d, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13[…] da fortolkes således, at den finder anvendelse på de offentlige kontrakter, der blev indgået inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66[…]?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Om det første spørgsmål

36 Indledningsvis bemærkes, at det følger af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/17, at direktivet gælder for ordregivere, der er »ordregivende myndigheder« som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), som omfatter »lokale myndigheder«, og som »udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7« i nævnte direktiv.

37 Ifølge den forelæggende ret er hovedsagen omfattet af direktiv 2004/17, i det omfang den omhandlede ordregiver udøver virksomhed på bustransportområdet som omhandlet i dette direktivs artikel 5, stk. 1.

38 Det er derimod den lettiske regerings opfattelse, at eftersom nævnte ordregiver ikke selv leverer de offentlige transportydelser til indbyggerne, finder direktiv 2004/18 anvendelse i hovedsagen.

39 Det bemærkes herved, at direktiv 2004/18 i artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 4, indeholder definitioner af en »offentlig[…] kontrakt[…]« og en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser«, som i det væsentlige svarer til de tilsvarende definitioner i artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17. Denne lighed indebærer, at de samme betragtninger skal anvendes ved fortolkningen af begreberne tjenesteydelseskontrakt og koncessionskontrakt om tjenesteydelser hvad angår de respektive anvendelsesområder for de to ovennævnte direktiver (dom af 10.9.2009, sag C-206/08, Eurawasser, Sml. I, s. 8377, præmis 42 og 43). Fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17 kan derfor direkte

overføres på de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2004/18, som den lettiske regering i øvrigt har anerkendt.

40 Spørgsmålet, om en transaktion anses for tjenesteydelseskoncession eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt, skal udelukkende vurderes efter EU-retten (jf. navnlig dom af 10.3.2011, sag C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Sml. I, s. 1335, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

41 Det følger af begreberne offentlig tjenesteydelseskontrakt og koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som er defineret henholdsvis i artikel 1, stk. 2, litra a) og d), og i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/17, at forskellen mellem en tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser bunder i vederlaget for de tjenesteydelser, der skal præsteres. Tjenesteydelseskontrakten 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 at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris (jf. i denne retning Eurawasser-dommen, præmis 51).

42 Hvad angår en kontrakt om tjenesteydelser opfylder den omstændighed, at medkontrahenten ikke umiddelbart aflønnes af den ordregivende myndighed, men at han har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, kravet om vederlag fastsat i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17 (jf. bl.a. Eurawasser-dommen, præmis 57).

43 Dette er tilfældet, når — som i hovedsagen — leverandøren af offentlige bustransportydelser tildeles en ret til at udnytte ydelserne som vederlag, for hvilke han modtager betaling fra brugerne af nævnte ydelser efter en fast takst.

44 Hvis vederlagsformen således er et af de afgørende elementer for kvalificeringen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, fremgår det desuden af retspraksis, at en koncessionskontrakt om tjenesteydelser indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser. Dersom den risiko, som er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen, ikke fuldt ud overføres på tjenesteyderen, udgør transaktionen en offentlig tjenesteydelseskontrakt og ikke en koncessionskontrakt om tjenesteydelser (jf. navnlig dommen i sagen Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, præmis 26).

45 Det skal derfor undersøges, om tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af den pågældende tjenesteydelse. Selv om denne risiko fra begyndelsen givetvis kan være meget begrænset, kræver kvalificeringen som koncessionskontrakt om tjenesteydelser imidlertid, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren (jf. i denne retning dommen i sagen Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, præmis 29).

46 Det forholder sig ofte således, at visse sektorer, herunder navnlig sektorer, som vedrører almennyttige aktiviteter som den i hovedsagen omhandlede, er reguleret ved bestemmelser, som kan indebære en begrænsning af de økonomiske risici, som løbes. For det første gør den offentligretlige udformning af den økonomiske og finansielle udnyttelse af tjenesteydelsen kontrollen med udnyttelsen af tjenesteydelsen lettere og reducerer de faktorer, som kan skade gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen. For det andet skal det fortsat være muligt for de ordregivende myndigheder, som handler i god tro, at sikre levering af tjenesteydelser ved hjælp af en koncession, hvis de vurderer, at dette er den bedste måde at sikre den pågældende offentlige tjenesteydelse på, og dette gælder, selv om driftsrisikoen er meget begrænset (Eurawasserdommen, præmis 72-74).

47 I sådanne situationer, hvor den ordregivende myndighed ikke har nogen indflydelse på tjenesteydelsens offentligretlige udformning, er det umuligt for sidstnævnte at indføre og dermed overføre risikofaktorer, som på grund af denne udformning er udelukket. Det ville desuden heller ikke være rimeligt at stille krav om, at en

koncessionsgivende offentlig myndighed skal skabe konkurrencevilkår og vilkår for den økonomiske risiko, som er højere end dem, som på grund af de bestemmelser, som finder anvendelse i den pågældende sektor, findes i sidstnævnte (jf. Eurawasser-dommen, præmis 75 og 76).

48 Den risiko, der er forbundet med driften af tjenesteydelsen, må forstås som risikoen for at blive udsat for de risici, der findes på markedet (jf. i denne retning Eurawasser-dommen, præmis 67), som bl.a. kan bestå i risikoen for konkurrence fra andre erhvervsdrivende, risikoen for, at udbuddet af tjenesteydelserne ikke opfylder efterspørgslen, risikoen for, at debitorerne ikke vil være i stand til at betale for de præsterede ydelser, risikoen for, at alle udgifterne i forbindelse med driften af tjenesteydelsen ikke vil blive dækket ved indtægterne, eller risikoen for erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrækkelig præstation af tjenesteydelsen (jf. i denne retning dommen i sagen Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, præmis 37).

49 Derimod er risici forbundet med den erhvervsdrivendes dårlige forvaltning eller urigtige skøn ikke afgørende for kvalificeringen af en kontrakt som en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, idet sådanne risici er en uadskillelig del af enhver kontrakt, hvad enten der er tale om en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser (dommen i sagen Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, præmis 38).

50 Selv om den økonomiske risiko forbundet med driften af tjenesteydelsen, som anført i denne doms præmis 45, fra begyndelsen kan være meget begrænset på grund af den offentligretlige udformning af tjenesteydelsen, kræver kvalificeringen som koncessionskontrakt om tjenesteydelser imidlertid, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren.

51 Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret følger det af de bestemmelser, som finder anvendelse i hovedsagen, at ordregiveren kompenserer tjenesteyderen for driftstab, og desuden påtager tjenesteyderen sig på grund af de offentligretlige bestemmelser og kontraktbestemmelserne, som regulerer leveringen af disse ydelser, ikke en betydelig del af risikoen forbundet med driften af tjenesteydelsen.

52 Den forelæggende ret har herved bl.a. anført, at ordregiveren i medfør af kontraktbestemmelserne skal afsætte midler på statens budget til at kompensere for tab, der er forbundet med leveringen af transportydelserne, og tab, som er afledt af denne levering, samt de hertil knyttede udgifter med fradrag af de indtægter, som transportøren selv har opnået ved levering af de offentlige transportydelser.

53 Desuden kompenseres tjenesteyderen i medfør af artikel 2 og 3 i dekret 2009/1226 for tab, der er forbundet med opfyldelsen af kontrakten, hvad angår de uomgængelige udgifter, som er forbundet med opfyldelsen af kontrakten om levering af offentlige transportydelser, og som overstiger de opnåede indtægter, de udgifter, der opstår ved anvendelsen af de af ordregiveren fastsatte takster, de indtægtstab, som måtte opstå som følge af, at ordregiveren indfører en reduceret pris for transporten af visse grupper passagerer, og omkostninger, der er opstået i forbindelse med opfyldelsen af minimumskrav til kvaliteten, som er blevet pålagt, efter at levering af ydelserne er påbegyndt, såfremt udgiften i forbindelse med opfyldelsen heraf overstiger de udgifter, der var forbundet med tidligere fastsatte kvalitetskrav.

54 Hertil kommer, at artikel 40 i dekret 2009/1226 bestemmer, at den valgte tilbudsgiver skal betales et indtægtsbeløb, som findes ved at gange indtægterne med en procentvis avance, som beregnes ved at lægge 2,5 % til den gennemsnitlige europæiske interbankrente (Euribor) over de 12 måneder af det pågældende år.

55 Henset til de nævnte bestemmelser og bestemmelserne i national ret kan det ikke konkluderes, at en væsentlig del af risikoen for at blive udsat for de risici, der findes på markedet, bæres af den valgte tilbudsgiver. En sådan transaktion skal derfor kvalificeres som en »tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/17 og ikke som en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 3, litra b).

56 Parterne har ganske vist under retsmødet for Domstolen givet udtryk for forskellige opfattelser af omfanget af den risiko, som konkret påtages af den valgte tilbudsgiver. Den lettiske regering og sagsøgte i hovedsagen har således, i modsætning til sagsøgerne i hovedsagen og Europa-Kommissionen, anført, at forskellige faktorer såsom begrænsningen af offentlige midler til dækning af eventuelle tab, den manglende dækning af visse typer udgifter og tab, bl.a. forbundet med ændrede ruter og strækninger, eller usikkerheden med hensyn til efterspørgslen hos brugerne forøger risikoen på en sådan måde, at en væsentlig del af risikoen i realiteten bæres af den valgte tilbudsgiver, så meget desto mere fordi kontraktens varighed er otte år. Der er derfor tale om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

57 Det tilkommer ikke Domstolen at foretage en konkret bedømmelse af den transaktion, som er omtvistet i hovedsagen, idet en sådan bedømmelse henhører under den nationale retsinstans' enekompetence. Domstolens rolle begrænser sig til at forsyne den nationale retsinstans med en fortolkning af Unionsretten, der kan være den pågældende retsinstans til nytte i forbindelse med afgørelsen af den tvist, der er indbragt for den (jf. navnlig dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 32).

58 Det er alene den nationale domstol, som kan fortolke bestemmelserne i national ret og bedømme den del af risikoen, som konkret påtages af den valgte tilbudsgiver ud fra denne nationale ret og de omhandlede kontraktbestemmelser. En undersøgelse af den omtvistede transaktion i lyset af lovbestemmelserne og kontraktbestemmelserne, som beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, leder imidlertid i første omgang til

den konklusion, at nævnte transaktion har de karakteristika, som kendetegner en tjenesteydelseskontrakt.

59 Henset til de foregående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at en kontrakt, hvorved den valgte tilbudsgiver i medfør af de offentligretlige bestemmelser og kontraktbestemmelser, som regulerer leveringen af disse ydelser, ikke påtager sig en væsentlig del af den risiko, som den ordregivende myndighed løber, udgør en »tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 2, litra d). Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om den i hovedsagen omhandlede transaktion skal kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt under hensyntagen til alle den nævnte transaktions karakteristika.

Om det andet og tredje spørgsmål

60 Med disse spørgsmål, som behandles sammen, ønsker den forelæggende ret oplyst, om — for det tilfælde, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt skal kvalificeres som en »offentlig tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet i direktiv 2004/17 — artikel 2d, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13, som i medfør af direktivets artikel 1 finder anvendelse på de kontrakter, der er omhandlet i direktiv 2004/17, da finder anvendelse på denne kontrakt, selv om den er indgået inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66, som indsatte nævnte artikel 2d, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13, og hvis spørgsmålet besvares bekræftende, om sidstnævnte bestemmelse da finder direkte anvendelse.

61 For det tilfælde, at, som den lettiske regering har anført, direktiv 2004/18 finder anvendelse, hvilket det tilkommer den nationale domstol at undersøge, bemærkes, at artikel 1 i direktiv 2007/66 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om

samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 (EFT L 209, s. 1), indsatte bestemmelser, som er identiske med bestemmelserne i artikel 2d og 2f i direktiv 92/13, således at fortolkningen af sidstnævnte bestemmelser direkte kan overføres på de tilsvarende bestemmelser i direktiv 89/665 med de nævnte ændringer.

62 I henhold til artikel 2d, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13 påser medlemsstaterne, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning, navnlig når kontrakten er blevet indgået, selv om der i overensstemmelse med dette direktivs artikel 2, stk. 3, for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, var blevet indbragt en klage over en beslutning om tildeling af kontrakten, eller hvis kontrakten er blevet indgået, uden at standstill-perioderne i nævnte direktivs artikel 2a, stk. 2, er blevet overholdt.

63 Uden at det er nødvendigt at behandle spørgsmålet om, hvorvidt en borger efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66 kan påberåbe sig artikel 2d, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13 for de nationale domstole over for en ordregivende myndighed som sagsøgte i hovedsagen, bemærkes, at nævnte bestemmelse under alle omstændigheder ikke finder anvendelse på kontrakter, der — som i hovedsagen — er indgået inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66 den 20. december 2009, eftersom sidstnævnte ikke er blevet gennemført før udløbet af denne frist.

64 Det er ubestridt, at beslutningen om tildeling af den omtvistede kontrakt blev truffet den 2. september 2009, og at den omtvistede kontrakt blev indgået den 9. oktober 2009.

65 Den omstændighed, at medlemsstaterne i henhold til artikel 2f, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13 kan fastsætte, at en klage i henhold til dette direktivs artikel 2d, stk. 1, skal indgives i alle tilfælde inden udløbet af en »periode på mindst seks måneder regnet fra dagen efter den dag, hvor kontrakten er indgået«, gør det ikke muligt at konkludere, at kontrakter, der, som i hovedsagen, er indgået i de seks måneder før udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66, kan være omfattet af anvendelsesområdet for denne artikel 2d, stk. 1, litra b).

66 Eftersom direktiv 2007/66 ikke indeholder nogen form for angivelse af, at den omhandlede bestemmelse skulle have tilbagevirkende kraft, vil det være i strid med retssikkerhedsprincippet at fastslå, at nævnte bestemmelse finder anvendelse på kontrakter, der er indgået inden datoen for udløbet af fristen for gennemførelse af nævnte direktiv.

67 Henset til de foregående betragtninger skal det andet og tredje spørgsmål besvares med, at artikel 2d, stk. 1, litra b), i direktiv 92/13 ikke finder anvendelse på offentlige kontrakter, der er indgået inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66.

Sagens omkostninger

68 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

1) **Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester skal fortolkes således, at en kontrakt, hvorved den valgte tilbudsgiver i medfør af de offentligretlige bestemmelser og kontraktbestemmelser, som regulerer leveringen af disse ydelser, ikke påtager sig en væsentlig del af den risiko, som den ordregivende myndighed løber, udgør en »tjenesteydelseskontrakt« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 2, litra d). Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om den i hovedsagen omhandlede transaktion skal kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt under hensyntagen til alle den nævnte transaktions karakteristika.**

2) **Artikel 2d, stk. 1, litra b), i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, finder ikke anvendelse på offentlige kontrakter, der er indgået inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2007/66.**

Underskrifter