



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
E. SHARPSTON  
van 28 juni 2016<sup>1</sup>

**Zaak C-292/15**

**Hörmann Reisen GmbHtegen  
Stadt Augsburg  
Landkreis Augsburg**

[verzoek van de Vergabekammer Südbayern (kamer voor overheidsopdrachten Südbayern, Duitsland)  
om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdracht — Openbaar personenvervoer per bus — Verordening (EG) nr. 1370/2007 — Artikel 4, lid 7 — Onderaanneming — Verplichting voor de exploitant om een aanzienlijk deel van de openbaarvervoerdiensten zelf uit te voeren — Werkingssfeer — Artikel 5, lid 1 — Gunningsprocedure — Gunning van de overheidsopdracht overeenkomstig richtlijn 2004/18/EG”

1. Volgens richtlijn 2004/18/EG<sup>2</sup> mogen aanbestedende diensten alleen in zeer uitzonderlijke gevallen beperkingen stellen aan onderaanneming.<sup>3</sup> Dit is in overeenstemming met de doelstelling van de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten te bevorderen en zo bij te dragen tot de mededinging op die markt. Daarentegen heeft de wetgever specifieke voorschriften inzake onderaanneming vastgesteld in verordening (EG) nr. 1370/2007<sup>4</sup>, waarin is bepaald welke maatregelen de bevoegde autoriteiten kunnen nemen om efficiëntere openbaarvervoerdiensten van algemeen belang te waarborgen. Teneinde een optimaal gebruik van overheidsmiddelen te garanderen, staat het de bevoegde autoriteiten volgens verordening nr. 1370/2007 vrij te bepalen of dergelijke diensten al dan niet in onderaanneming gegeven mogen worden. In het eerste geval is de geselecteerde exploitant volgens de verordening desalniettemin verplicht om „een aanzienlijk deel” van die diensten zelf uit te voeren (hierna: „verplichting om de diensten zelf uit te voeren”). In deze prejudiciële procedure wordt het Hof ten eerste verzocht te onderzoeken of deze specifieke voorschriften van toepassing zijn op

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114). De versie van richtlijn 2004/18 die relevant is voor de feiten in het hoofdgeding is de versie zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013 (PB 2013, L 335, blz. 17). Richtlijn 2004/18 is met ingang van 18 april 2016 ingetrokken en vervangen door richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB 2014, L 94, blz. 65).

3 — Zie voor een overzicht van de desbetreffende rechtspraak en de daaraan ten grondslag liggende beginselen mijn conclusie in de zaak Wroclaw – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, punten 29-43.

4 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening nr. 1191/69 en nr. 1107/70 van de Raad (PB 2007, L 315, blz. 1). Verordening nr. 1370/2007 is in de plaats gekomen van verordening nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB 1969, L 156, blz. 1). Zoals door overweging 6 van verordening nr. 1370/2007 wordt bevestigd, bevatte verordening nr. 1191/69 geen bepalingen over de gunning van openbaarvervoerdienstcontracten.

opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus, die volgens verordening nr. 1370/2007 moeten worden gegund overeenkomstig richtlijn 2004/18. Tevens wenst de verwijzende rechter duidelijkheid te krijgen over de reikwijdte van de in die verordening vastgestelde verplichting om de diensten zelf uit te voeren.

## Toepasselijke bepalingen

### *Richtlijn 2004/18*

2. Richtlijn 2004/18 coördineert procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde.<sup>5</sup> De richtlijn moet waarborgen dat bij de gunning van opdrachten door nationale, regionale en lokale overheidsinstanties en andere publiekrechtelijke instellingen beginselen zoals „gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie” worden geëerbiedigd. Tevens is zij erop gericht „daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen”.<sup>6</sup> Om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten te bevorderen, voorziet de richtlijn in bepalingen over onderaanneming.<sup>7</sup>

3. In artikel 1, lid 2, onder a), zijn „overheidsopdrachten” gedefinieerd als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van [richtlijn 2004/18]”. Volgens artikel 1, lid 2, onder d), worden onder „overheidsopdrachten voor diensten” verstaan „andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten”, dus ook „vervoer te land”<sup>8</sup>. Overeenkomstig artikel 1, lid 4, is een „concessieovereenkomst voor diensten” een „overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs”.

4. Volgens artikel 25 („Onderaanneming”) „kan de aanbestedende dienst de inschrijver [in het bestek] verzoeken, of door een lidstaat worden verplicht de inschrijver [daarin] te verzoeken, om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt”.

### *Verordening nr. 1370/2007*

5. Volgens overweging 9 van verordening nr. 1307/2007 moeten de bevoegde instanties, „[o]m het openbaar personenvervoer zo goed mogelijk te kunnen afstemmen op de behoeften van het publiek, binnen het kader van deze verordening, vrij [...] kunnen kiezen met welke exploitanten van openbare diensten zij samenwerken, waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van de kleine en middelgrote ondernemingen”. In die overweging wordt voorts het volgende benadrukt: „Teneinde te garanderen dat de beginselen inzake transparantie, gelijke behandeling van concurrerende exploitanten en evenredigheid worden nageleefd bij de verlening van compensaties of exclusieve rechten, dienen de aard van de openbardienstverplichtingen en de daarvoor verleende beloning te worden vastgesteld in een openbardienstcontract tussen de bevoegde instantie en de exploitant van openbare diensten.”

5 — Ten tijde van de feiten was richtlijn 2004/18 van toepassing op openbardienstcontracten zoals aan de orde in het hoofdgeding die een geraamde waarde exclusief btw van 207 000 EUR hadden [artikel 7, onder b), eerste streepje, van richtlijn 2004/18].

6 — Overweging 2.

7 — Overweging 32.

8 — Bijlage II A, categorie 2.

6. In overweging 19 wordt inzonderheid gesteld dat „[o]nderaanneming kan bijdragen aan een efficiënter openbaar personenvervoer en [...] de mogelijkheid [biedt] tot deelname van andere ondernemingen dan de exploitanten van openbare diensten aan wie het openbaredienstcontract was gegund. De bevoegde instanties moeten echter, voor een optimaal gebruik van de openbare middelen, kunnen bepalen onder welke voorwaarden zij hun openbare personenvervoersdiensten in onderaanneming geven, in het bijzonder in het geval van diensten die worden verleend door een interne exploitant.”

7. Volgens artikel 1, lid 1, heeft verordening nr. 1370/2007 „tot doel vast te stellen op welke manier instanties die bevoegd zijn voor het openbaar personenvervoer er, in het licht van het [Unierecht], voor kunnen zorgen dat, in vergelijking met een volledig vrije marktwerking, onder meer het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van de diensten van algemeen belang toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs”. Daartoe worden in de verordening „de voorwaarden gesteld waaronder de bevoegde instanties, wanneer zij een openbaredienstverplichting opleggen of daartoe een contract afsluiten, aan exploitanten van openbare diensten een compensatie voor de kosten en/of exclusieve rechten verlenen als tegenprestatie voor het vervullen van openbaredienstverplichtingen”.

8. Overeenkomstig artikel 1, lid 2, is verordening nr. 1370/2007 „van toepassing op de nationale en internationale exploitatie van openbaar personenvervoer per spoor, met andere vormen van spoorvervoer en over de weg, met uitsluiting van diensten die hoofdzakelijk geëxploiteerd worden met het oog op de instandhouding van het historisch erfgoed of vanuit toeristisch oogpunt”.

9. Artikel 2 bevat de volgende begripsomschrijvingen:

- „a) ‚openbaar personenvervoer’: personenvervoersdiensten van algemeen economisch belang die op permanente en niet-discriminerende basis aan het publiek worden aangeboden;
- b) ‚bevoegde instantie’: overheid of groepering van overheden van één of meer lidstaten die bevoegd is/zijn om op te treden in het openbaar personenvervoer in een bepaald geografisch gebied, of elke andere entiteit die over deze bevoegdheid beschikt;

[...]

- i) ‚openbaredienstcontract’: een of meer juridisch bindende overeenkomsten tussen een bevoegde instantie en een exploitant van openbare diensten waarbij de exploitant van openbare diensten in het kader van de openbaredienstverplichtingen wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten; [...]

10. Artikel 3, lid 1, bepaalt: „Wanneer een bevoegde instantie besluit aan een bepaalde exploitant een exclusief recht en/of een compensatie, van welke aard ook, toe te kennen voor de naleving van openbaredienstverplichtingen, is zij verplicht een openbaredienstcontract te sluiten.”

11. Artikel 4, getiteld „Verplichte inhoud van openbaredienstcontracten en algemene regels”, bepaalt in het bijzonder:

„1. In openbaredienstcontracten [...] wordt:

[...]

- b) vooraf op objectieve en transparante wijze vastgesteld
  - i) op basis van welke parameters de eventuele compensaties worden berekend, en
  - ii) wat de aard en omvang van eventuele exclusieve rechten is,

[zo]dat overcompensatie wordt voorkomen. [...]

[...]

7. Aanbestedingsdocumenten en openbaredienstcontracten duiden op transparante wijze aan of en in welke mate onderaanneming mag worden overwogen. Indien onderaannemers worden ingeschakeld, is de exploitant die overeenkomstig deze verordening belast is met het beheer en de verrichting van diensten op het gebied van openbaar personenvervoer, verplicht een aanzienlijk deel van deze diensten zelf uit te voeren. Een openbaredienstcontract dat ontwerp, bouw en exploitatie van diensten op het gebied van openbaar personenvervoer bestrijkt, mag toestaan dat de exploitatie van die diensten volledig door onderaannemers wordt verricht. In het openbaredienstcontract worden overeenkomstig de nationale wetgeving en het [Unierecht] de voorwaarden voor onderaanneming bepaald.”

12. Artikel 5, getiteld „Gunning van openbaredienstcontracten”, bepaalt:

„1. Openbaredienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van deze verordening. Wat betreft openbaar personenvervoer per bus of tram zoals gedefinieerd in de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG worden opdrachten of overheidsopdrachten gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen, voor zover deze opdrachten niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in die richtlijnen. Wanneer opdrachten moeten worden gegund overeenkomstig de richtlijnen [2004/17] of [2004/18], zijn de leden 2 tot en met 4 niet van toepassing.”

13. Artikel 5, leden 2 tot en met 6, bevat regels betreffende de gunning van openbaredienstcontracten die afwijken van de Uniewetgeving inzake overheidsopdrachten. Zo is onder meer het volgende bepaald: „Als de nationale wetgeving het niet verbiedt, kunnen de bevoegde instanties opteren voor onderhandse gunning van openbaredienstcontracten met hetzij een geschatte gemiddelde jaarlijkse waarde van minder dan 1 000 000 EUR, hetzij een jaarlijks aantal kilometers openbaar personenvervoer dat lager ligt dan 300 000.”<sup>9</sup>

14. In artikel 8, lid 2, is een overgangperiode vastgelegd voor de toepassing van artikel 5. Weliswaar is artikel 5 pas vanaf 3 december 2019 van toepassing op de gunning van openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor en over de weg, maar de lidstaten zijn gehouden om tijdens de overgangperiode geleidelijk aan die bepaling te voldoen, teneinde te vermijden dat zich ernstige structurele problemen voordoen.<sup>10</sup> Artikel 8, lid 2, tweede alinea, lid 3 en lid 4 van verordening nr. 1370/2007 bevat nadere bepalingen betreffende dit vereiste voor de overgangperiode. Uit de laatste zin van artikel 8, lid 1, volgt evenwel dat artikel 8, leden 2 tot en met 4, niet van toepassing is op openbaredienstcontracten voor openbaar personenvervoer per bus als bedoeld in artikel 5, lid 1.

### **Feiten, procedure en prejudiciële vragen**

15. Op 7 maart 2015 hebben de Stadt Augsburg (het stadsbestuur van Augsburg) en de Landkreis Augsburg (het bestuur van het district Augsburg) (hierna gezamenlijk: „aangebestede instanties”) in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een aankondiging van een opdracht bekendgemaakt voor diensten op het gebied van personenvervoer met bussen [„Linienbündel Lech-Nord” (lijnnennet Lech-Nord)].<sup>11</sup> Volgens die aankondiging mochten de bidders maximaal 30 % van de vervoerdiensten (gemeten in gereden kilometers) uitbesteden aan onderaannemers.

9 — Artikel 5, lid 4.

10 — Artikel 8, lid 2, eerste alinea.

11 — PB 2015/S 47-81632.

16. Hörmann Reisen GmbH is een in Duitsland gevestigd mkb-bedrijf in de vervoersector. Om succesvol aan de aanbestedingsprocedure deel te kunnen nemen, zou het bedrijf in grotere mate van onderaanneming gebruik moeten maken dan volgens de aankondiging van de opdracht is toegestaan.

17. Hörmann Reisen maakte daarom bezwaar tegen de beperking op onderaanbesteding bij de Vergabekammer Südbayern (kamer voor overheidsopdrachten voor de regio Südbayern). Het bedrijf stelt dat verordening nr. 1370/2007 overeenkomstig artikel 5, lid 1, ervan in casu niet van toepassing is en dat de beperking op onderaanneming in strijd is met richtlijn 2004/18. De aanbestedende instanties voeren daarentegen aan dat verordening nr. 1370/2007 in casu wel van toepassing is en dat het op grond van artikel 4, lid 7, van die verordening wel degelijk was toegestaan om beperkingen aan onderaanneming te stellen. De door hen gestelde voorwaarde van een aandeel zelf te verrichten diensten van ten minste 70 % is volgens hen in overeenstemming met de verplichting dat de geselecteerde exploitant „een aanzienlijk deel” van de betrokken openbaarvervoerdiensten zelf uitvoert.

18. Aangezien de uitkomst van het geding voor de Vergabekammer Südbayern afhankelijk is van de vraag welke EU-voorschriften van toepassing zijn op de onderhavige aanbestedingsprocedure, heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „a) Zijn op een gunningsprocedure op grond van artikel 5, lid 1, van verordening (EG) nr.1370/2007 juncto richtlijn [2004/18] dan wel richtlijn 2014/24/EU in beginsel alleen de voorschriften van deze richtlijnen toepasselijk, zodat van genoemde richtlijnen afwijkende voorschriften in verordening [nr.1370/2007] buiten toepassing moeten blijven?
- b) Moet de toelaatbaarheid van onderaanneming in het kader van een [dergelijke] gunningsprocedure [...] bijgevolg uitsluitend worden beoordeeld aan de hand van de door Hof met betrekking tot richtlijn [2004/18] ontwikkelde regels en aan de hand van artikel 63, lid 2, van richtlijn [2014/24] of kan een gunnende dienst bij een dergelijke gunning daarvan afwijkend ook een percentage zelf te verrichten diensten overeenkomstig artikel 4, lid 7, van verordening [nr. 1370/2007] (gemeten in kilometers van de dienstregeling) vastleggen?
- c) Voor het geval dat artikel 4, lid 7, [...] van toepassing is op een gunningsprocedure op grond van artikel 5, lid 1, van verordening [nr. 1370/2007] juncto richtlijn [2004/18] dan wel richtlijn [2014/24], heeft de gunnende dienst dan, gezien overweging 19 van [die verordening], bij de vastlegging van het gedeelte zelf te verrichten diensten de vrije keuze, zodat het vereiste van een aandeel zelf te verrichten diensten van 70 %, gemeten in kilometers van de dienstregeling, dat door de opdrachtgever wordt vastgesteld, gerechtvaardigd kan zijn?”

19. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Hörmann Reisen, de aanbestedende instanties en de Europese Commissie. Er is niet om een mondelinge behandeling verzocht en deze heeft ook niet plaatsgevonden.

## Beoordeling

### *Inleidende opmerkingen*

20. De Vergabekammer Südbayern is een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU en is daarom bevoegd het Hof prejudiciële vragen te stellen.<sup>12</sup>

12 — Zie in die zin arrest van 18 september 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punten 20-23.

21. De aanbestedende instanties en de Commissie verwijzen in hun opmerkingen naar richtlijn 2004/18 en richtlijn 2004/17.<sup>13</sup> Richtlijn 2004/17, die gewoonlijk wordt aangeduid als de „sectorrichtlijn”<sup>14</sup>, is volgens hen alleen van toepassing op een situatie als die in het hoofdgeding indien de aanbestedende instanties zelf openbaarvervoerdiensten in de zin van artikel 5 van die richtlijn aanbieden.<sup>15</sup> Het Hof beschikt echter over onvoldoende informatie om te kunnen bepalen of aan die voorwaarde is voldaan en of, ook al mocht dit het geval zijn, de feiten van dien aard zijn dat artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/17 de toepassing van die richtlijn uitsluit.<sup>16</sup> Bovendien wordt richtlijn 2004/17 in de prejudiciële vragen niet genoemd. Ik zal deze richtlijn daarom verder buiten beschouwing laten.

22. De verwijzende rechter verzoekt het Hof om aanwijzingen voor de uitlegging van artikel 4, lid 7, en artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto richtlijn 2004/18 dan wel richtlijn 2014/24. Volgens vaste rechtspraak is echter de toepasselijke richtlijn in beginsel die welke van kracht was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welke type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn pas na dat moment is verstreken.<sup>17</sup> Het Hof heeft dan ook onlangs geoordeeld dat indien richtlijn 2014/24 zou worden toegepast vóór het verstrijken van de omzettingstermijn ervan, de lidstaten, net als de aanbestedende diensten en de ondernemers, onvoldoende tijd zouden hebben om zich aan te passen aan de bij die richtlijn ingevoerde nieuwe bepalingen.<sup>18</sup> Dit is inzonderheid van belang in het geval van onderaanneming, aangezien in dit opzicht in artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 aanzienlijke wijzigingen worden ingevoerd ten opzichte van artikel 25 van richtlijn 2004/18.<sup>19</sup> In casu werd de aankondiging van de opdracht op 7 maart 2015 bekendgemaakt, dat wil zeggen meer dan een jaar vóór de uiterste datum voor de omzetting van richtlijn 2014/24. Bijgevolg is richtlijn 2014/24 *ratione temporis* niet van toepassing op het hoofdgeding, zodat ik de vragen van de verwijzende rechter alleen tegen de achtergrond van verordening nr. 1370/2007 en richtlijn 2004/18 zal behandelen.

23. De verwijzende rechter verstrekt geen informatie over de waarde van het onderhavige openbare dienstcontract. Uit de aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* blijkt echter dat de opdracht busvervoerdiensten met een omvang van 639 000 kilometer behelsde.<sup>20</sup> Mijns inziens heeft de Commissie waarschijnlijk terecht geconcludeerd dat de waarde van de opdracht de toepasselijkheidsdrempel van richtlijn 2004/18 overschrijdt.<sup>21</sup> Uiteindelijk zal evenwel de verwijzende rechter moeten nagaan of dit het geval is.

13 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1).

14 — Zie bijvoorbeeld arrest van 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punt 26.

15 — Dat wil zeggen „het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus of autobus of kabel” (artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17).

16 — Uit artikel 5, lid 2, van 2004/17, gelezen in samenhang met artikel 2, lid 4, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1993, L 199, blz. 84), volgt dat openbare busvervoerdiensten niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen indien andere diensten vrijelijk deze dienstverlening, algemeen dan wel voor een bepaald geografisch gebied, onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende diensten kunnen verrichten.

17 — Zie, het meest recent, arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

18 — Arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 86.

19 — Volgens artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 kunnen de aanbestedende diensten eisen dat „bepaalde kritieke taken” rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de inschrijving door een combinatie van ondernemers is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie. Anders dan artikel 25 van richtlijn 2004/18 voorziet dat artikel dus uitdrukkelijk in de mogelijkheid om beperkingen te stellen aan onderaanneming. Zie mijn conclusie in de zaak Wroclaw – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, punt 39.

20 — Punt II.2.1. De aankondiging van de opdracht voorziet tevens in de optie om een overheidsopdracht te plaatsen voor vervoerdiensten met een omvang van 834 500 kilometer.

21 — Zie voetnoot 5 van deze conclusie.

24. Met zijn eerste en tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de openbaarvervoerdiensten per bus die het voorwerp zijn van de onderhavige overheidsopdracht onder de specifieke bepalingen inzake onderaanneming van artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 vallen, ook al moet die opdracht worden gegund overeenkomstig richtlijn 2004/18. Daarom zal ik deze vragen hier samen behandelen. De derde vraag staat los hiervan en heeft betrekking op de reikwijdte van de in artikel 4, lid 7, vastgestelde verplichting om de diensten zelf uit te voeren. Ik zal deze vraag daarom apart behandelen.

*Vragen 1 en 2: Is een opdracht voor openbaar personenvervoer per bus of tram onderworpen aan de specifieke voorschriften inzake onderaanneming van artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007?*

25. Onbetwist is dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht betrekking heeft op openbaar personenvervoer over de weg in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1370/2007. Vast staat eveneens dat de opdracht „openbaar personenvervoer per bus” behelst in de zin van artikel 5, lid 1, van die verordening.

26. De verwijzing in artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 naar de gunningsprocedures van de aanbestedingsrichtlijnen geldt niet voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in die richtlijnen.<sup>22</sup> Het Hof heeft eerder uit die definities afgeleid dat een *opdracht voor diensten* een tegenprestatie behelst die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald, terwijl bij een *concessieovereenkomst voor diensten* de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst (al dan niet tegen een vastgestelde prijs) te exploiteren.<sup>23</sup> In casu komt uit de aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* naar voren dat de winnende inschrijver op maandelijkse basis betalingen zal ontvangen van de aanbestedende instanties.<sup>24</sup> Hoewel het uiteindelijk aan de verwijzende rechter is om dit te verifiëren, ben ik van mening dat het Hof ervan dient uit te gaan dat het onderhavige openbaardienstcontract *geen* contract voor een dienstenconcessie vormt in de zin van richtlijn 2004/18.

27. Hieruit volgt dat de in geding zijnde opdracht op grond van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 moet worden gegund overeenkomstig richtlijn 2004/18, en niet overeenkomstig de bijzondere gunningsvoorschriften van artikel 5, leden 2 tot en met 6, of de overgangsbepalingen van artikel 8, leden 2 tot en met 4, van die verordening.<sup>25</sup>

28. Betekent dit dat de specifieke voorschriften inzake onderaanneming van artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 niet van toepassing zijn op die opdracht?

29. Om die vraag te kunnen beantwoorden, moeten we artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 onder de loep nemen. Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt.<sup>26</sup>

30. Wat ten eerste de bewoordingen van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 betreft, blijkt uit de eerste zin van die bepaling dat opdrachten voor openbaarvervoerdiensten moeten worden gegund „volgens de voorschriften van [die] verordening”.

22 — Zie artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18. Artikel 1, lid 3, onder b), van richtlijn 2004/17 bevat een vergelijkbare definitie.

23 — Zie onder meer arrest van 10 november 2011, Norma-A en Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, punt 41.

24 — Punt III.1.2 van de aankondiging van de opdracht.

25 — Artikel 8, lid 1, laatste zin, van verordening nr. 1370/2007: zie punt 14 van deze conclusie.

26 — Zie onder meer de arresten van 17 november 1983, Merck, 292/82, EU:C:1983:335, punt 12, en 17 maart 2016, Liffers, C-99/15, EU:C:2016:173, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

31. De tweede zin voorziet in een afwijking van de bepaling in de eerste zin voor wat betreft opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus of tram die niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies, terwijl de derde zin de reikwijdte van die afwijking preciseert: wanneer opdrachten moeten worden gegund overeenkomstig richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18, „zijn de leden 2 tot en met 6 van [artikel 5] niet van toepassing”. De afwijking in artikel 5, lid 1, tweede zin, heeft dus uitsluitend betrekking op de in die leden vastgestelde bijzondere voorschriften inzake gunningsprocedures. De derde zin zou overbodig zijn indien de wetgever had beoogd om andere opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus of tram dan contracten voor dienstenconcessies uit te sluiten van de werkingssfeer van de *andere* bepalingen van verordening nr. 1370/2007, met inbegrip van de bepalingen inzake onderaanneming van artikel 4, lid 7. In een situatie zoals die in het hoofdgeding is artikel 4, lid 7, dus een *lex specialis* met betrekking tot de voorschriften inzake onderaanneming die gelden in het kader van richtlijn 2004/18.

32. Anders dan Hörmann Reisen stelt, is die uitlegging niet in tegenspraak met de zinsnede „de exploitant die *overeenkomstig* [verordening nr. 1370/2007] belast is met het beheer en de verrichting van diensten op het gebied van openbaar personenvervoer” in artikel 4, lid 7.<sup>27</sup> Artikel 5, lid 1, heeft namelijk *niet* ten doel om openbaarvervoerdiensten per bus of tram in het algemeen uit te sluiten van de werkingssfeer van de verordening, maar voorziet in een veel beperktere afwijking. Verordening nr. 1370/2007 regelt derhalve de gunning van opdrachten voor dergelijke vervoerdiensten aan exploitanten van openbare diensten<sup>28</sup>, met die beperkte afwijking als enig voorbehoud.

33. Die uitlegging wordt verder bevestigd door de context van artikel 5, lid 1. De afwijking voor openbaarvervoerdiensten per bus of tram maakt deel uit van een bepaling betreffende de „Gunning van openbare dienstcontracten”. In verordening nr. 1370/2007 wordt die kwestie dus duidelijk afgebakend van onder meer de „Verplichte inhoud van openbare dienstcontracten en algemene regels”, die het voorwerp zijn van artikel 4.

34. Bovendien strookt mijn conclusie met de werkingssfeer van verordening nr. 1370/2007, zoals omschreven in artikel 1, lid 2. Volgens die bepaling is de verordening onder meer van toepassing op „de nationale en internationale exploitatie van openbaar personenvervoer [...] over de weg [...]”. Die bewoordingen, in samenhang gelezen met artikel 5, lid 1, bevestigen overduidelijk dat de wetgever geenszins de bedoeling had om andere opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus of tram dan contracten voor dienstenconcessies in het algemeen uit te sluiten van de werkingssfeer van verordening nr. 1370/2007.

35. Tot slot strookt deze uitlegging met de doelstelling van de verordening om de aanbestedende instanties in staat te stellen ervoor te zorgen dat in vergelijking met een volledig vrije marktwerking, onder meer het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van de diensten van algemeen belang – zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde openbaarvervoerdiensten per bus of tram – toenemen en dat deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs.<sup>29</sup>

36. Volgens overweging 9 van verordening nr. 1370/2007 kan die doelstelling alleen worden verwezenlijkt indien de bevoegde autoriteiten, binnen het kader van die verordening, vrij kunnen kiezen met welke exploitanten van openbare diensten zij samenwerken, rekening houdend met de belangen van de kleine en middelgrote ondernemingen. De Uniewetgever heeft dus weliswaar erkend dat onderaanneming kan bijdragen tot een efficiënter openbaar personenvervoer, maar ook dat de bevoegde autoriteiten met het oog op een optimaal gebruik van overheidsmiddelen „moeten [...]”

27 — Cursivering van mij.

28 — Artikel 1, lid 2.

29 — Artikel 1, lid 1, eerste alinea.



kunnen bepalen onder welke voorwaarden zij hun openbare personenvervoersdiensten in onderaanneming geven”. Daarom biedt artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 de bevoegde autoriteiten de nodige speelruimte om naargelang de omstandigheden te bepalen of onderaanneming kan bijdragen tot zo efficiënt mogelijke openbaarvervoerdiensten van algemeen belang.<sup>30</sup>

37. Mijns inziens duidt niets in de verordening erop dat de Uniewetgever de bedoeling had de bevoegde autoriteiten een soortgelijke speelruimte te ontzeggen bij het plaatsen van opdrachten voor openbaar personenvervoer per bus die niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies.

38. Ik kom derhalve tot de conclusie dat artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 aldus moet worden uitgelegd dat een overheidsopdracht voor openbaar personenvervoer per bus, zoals aan de orde in het hoofdgeding, die niet de vorm aanneemt van een contract voor een dienstenconcessie als gedefinieerd in richtlijn 2004/18 en die moet worden gegund overeenkomstig die richtlijn, is geregeld door verordening nr. 1370/2007, met uitzondering van de voorschriften voor de gunning van overheidsopdrachten in artikel 5, leden 2 tot en met 6, van die verordening. Een dergelijke opdracht valt dus onder de specifieke voorschriften inzake onderaanneming van artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007.

*Vraag 3: Hoe ver strekt de reikwijdte van de in artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007 vervatte verplichting om de diensten zelf uit te voeren?*

39. Bij artikel 4, lid 7, zijn drie algemene vereisten inzake onderaanneming vastgesteld. Ten eerste moeten zij „op transparante wijze” aangeven of en in welke mate onderaanneming mag worden overwogen. Ten tweede moet, indien onderaannemers worden ingeschakeld, de winnende inschrijver desalniettemin „een aanzienlijk deel” van de openbaarvervoerdiensten waarmee hij overeenkomstig verordening nr. 1370/2007 is belast, zelf uitvoeren. Ten derde moeten in het openbaardienstcontract de voorwaarden voor onderaanneming worden bepaald. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in artikel 4, lid 7, vervatte verplichting om de diensten zelf uit te voeren een minimumverplichting is en of de bevoegde autoriteiten derhalve over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken met betrekking tot een eventuele verdergaande beperking van onderaanneming.

40. De uitdrukking „een aanzienlijk deel” is onbepaald. Op grond hiervan beschikken de bevoegde autoriteiten ongetwijfeld over een zekere beoordelingsmarge. In dit verband zou ik erop willen wijzen dat de verplichting om een aanzienlijk deel van de openbaarvervoerdiensten zelf uit te voeren niet hetzelfde is als de verplichting om de diensten *grotendeels* zelf uit te voeren.<sup>31</sup> Mijns inziens betekent de tweede zin van artikel 4, lid 7, dus niet dat de geselecteerde exploitant de betrokken diensten „voor ten minste 50 %” zelf moet uitvoeren. Deze lezing lijkt te worden bevestigd door andere taalversies van artikel 4, lid 7.<sup>32</sup>

41. Hörmann Reisen voert in wezen aan dat met de verplichting van artikel 4, lid 7, het *maximale* aandeel zelf te verrichten diensten is vastgesteld dat door de bevoegde autoriteiten kan worden voorgeschreven. Zoals overweging 19 aangeeft, kan onderaanneming bijdragen aan een efficiënter openbaar personenvervoer. Volgens Hörmann Reisen mogen de bevoegde autoriteiten de geselecteerde exploitant er daarom niet toe verplichten een bepaald aandeel van de diensten zelf uit te

30 — Volgens de tweede zin van artikel 4, lid 7, is die speelruimte evenwel beperkt door het vereiste dat de geselecteerde exploitant „een aanzienlijk deel” van de openbaarvervoerdiensten zelf uitvoert. Zie de punten 39-47 van deze conclusie.

31 — De laatstgenoemde formulering wordt gebruikt in artikel 5, lid 2, onder e), van verordening nr. 1370/2007. Die bepaling heeft echter betrekking op openbaarvervoerdiensten die door een „interne exploitant” worden uitgevoerd en lijkt dus niet relevant voor het hoofdgeding.

32 — Zie bijvoorbeeld de Duitse („einen bedeutenden Teil”), de Spaanse („una parte importante”), de Franse („une partie importante”), de Italiaanse („una parte importante”) en de Zweedse versie („en stor del”).

voeren dat *meer* omvat dan „een aanzienlijk deel” van de betrokken diensten – bijvoorbeeld „het merendeel” of „het overgrote deel” van die diensten. Hörmann Reisen komt derhalve tot de conclusie dat de in geding zijnde minimumverplichting inzake zelf te verrichten diensten (70 %) in strijd is met artikel 4, lid 7, voor zover die bepaling in casu van toepassing is.

42. Ik deel dit standpunt niet. Uit de bewoordingen van artikel 4, lid 7, en uit de doelstelling en de ontstaansgeschiedenis van die bepaling volgt dat de in de tweede zin ervan vervatte verplichting inzake zelf uit te voeren diensten slechts een minimumverplichting behelst.

43. Ten eerste moet de bij artikel 4, lid 7, tweede zin, vastgestelde verplichting in samenhang worden gelezen met het in de eerste zin neergelegde beginsel dat aanbestedingsdocumenten en openbaredienstcontracten op transparante wijze moeten aanduiden of *en in welke mate* onderaanneming is toegestaan [of „mag worden overwogen” zoals de Nederlandse tekst luidt]. Die zin laat doorschemeren dat de bevoegde autoriteiten over een ruime beoordelingsmarge met betrekking tot de beperking van onderaanneming beschikken.

44. Daarnaast bepaalt artikel 4, lid 7, derde zin, dat aanbestedende instanties in het geval van openbaredienstcontracten die „ontwerp, bouw en exploitatie van diensten op het gebied van openbaar personenvervoer” bestrijken, mogen toestaan dat de exploitatie van die diensten volledig door onderaannemers wordt verricht.<sup>33</sup> De derde zin vormt een uitzondering op het in de tweede zin vervatte voorschrift en lijkt dus aan te geven dat de tweede zin slechts een minimumverplichting behelst.

45. Bovendien zou het niet stroken met de doelstelling van de Uniewetgever om de bevoegde autoriteiten de nodige speelruimte te geven met het oog op een optimaal gebruik van overheidsmiddelen bij de organisatie van het openbaar personenvervoer, wanneer die autoriteiten de geselecteerde exploitanten er niet toe zouden mogen verplichten de openbaarvervoerdiensten grotendeels of geheel zelf uit te voeren.<sup>34</sup> Dit valt ook moeilijk te rechtvaardigen gezien het (onbetwistbare) recht van de bevoegde autoriteiten om alle vormen van onderaanneming uit te sluiten (dit recht vloeit overduidelijk voort uit de formulering „duiden [...] aan of [...] onderaanneming mag worden overwogen” in artikel 4, lid 7, eerste zin).

46. Deze lezing zie ik ten slotte bevestigd door de ontstaansgeschiedenis van verordening nr. 1370/2007. De tweede zin van artikel 4, lid 7, komt voort uit een amendement van het Europees Parlement dat in het kader van de wetgevingsprocedure in tweede lezing is ingediend.<sup>35</sup> De Commissie vervoer en toerisme van het Europees Parlement voorzag dit amendement van de volgende motivering: „Als het inzetten van voertuigen en personeel geheel wordt afgewenteld op onderaannemers, die op hun beurt onderaannemers kunnen inschakelen, valt te vrezen dat dit negatieve gevolgen zal hebben voor de naleving van sociale en kwaliteitsnormen. Dit kan alleen worden voorkomen door een onderneming met een openbaredienstcontract die een onderaannemer inschakelt, ertoe te verplichten het overwegende deel van de diensten op het gebied van openbaar

33 — Mijns inziens duidt niets in de verwijzingsbeslissing (of in de bij het Hof ingediende stukken) erop dat het onderhavige contract betreffende openbaarvervoerdiensten aan die definitie voldoet.

34 — Zie de punten 35 en 36 van deze conclusie.

35 — Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 10 mei 2007 over het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad [2000/0212(COD)] (PB 2008, C 76, blz. 92).

personenvervoer zelf uit te voeren [...].”<sup>36</sup> Het lijkt me duidelijk dat een aankondiging van een opdracht waarin de geselecteerde exploitant ertoe wordt verplicht meer dan slechts „een aanzienlijk deel” van de openbaarvervoerdiensten – of zelfs al die diensten – zelf uit te voeren, geen afbreuk doet aan die doelstelling.

47. In dit licht kom ik tot de slotsom dat een aanbestedende instantie in een situatie als die in het hoofdgeding niet in strijd handelt met de verplichting van artikel 4, lid 7, tweede zin, van verordening nr. 1370/2007 indien zij in de aankondiging van de opdracht aanduidt dat de winnende inschrijver niet meer dan 30 % van de aan hem bij het betrokken openbaredienstcontract opgedragen openbaarvervoerdiensten per bus (gemeten in gereden kilometers) mag uitbesteden aan onderaannemers.

## Conclusie

48. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de door de Vergabekammer Südbayern (kamer voor overheidsopdrachten Südbayern, Duitsland) gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 5, lid 1, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad moet aldus worden uitgelegd dat een overheidsopdracht voor openbaar personenvervoer per bus, zoals aan de orde in het hoofdgeding, die niet de vorm aanneemt van een contract voor een dienstenconcessie als gedefinieerd in richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, en die moet worden gegund overeenkomstig die richtlijn, is geregeld door verordening nr. 1370/2007, met uitzondering van de voorschriften voor de gunning van overheidsopdrachten in artikel 5, leden 2 tot en met 6, van die verordening. Een dergelijke opdracht valt dus onder de specifieke voorschriften inzake onderaanneming van artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1370/2007.
- 2) Uit artikel 4, lid 7, tweede zin, van verordening nr. 1370/2007 volgt dat het een bevoegde autoriteit vrijstaat om in een situatie als die in het hoofdgeding in de aankondiging van een opdracht te bepalen dat de winnende inschrijver niet meer dan 30 % van de aan hem bij het betrokken openbaredienstcontract opgedragen openbaarvervoerdiensten per bus (gemeten in gereden kilometers) mag uitbesteden aan onderaannemers.”

36 — Aanbeveling van de Commissie vervoer en toerisme van 4 april 2007 betreffende het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad [2000/0212(COD)], amendement 21. Weliswaar wordt in artikel 4, lid 7, de formulering „een aanzienlijk deel” in plaats van „het overwegende deel” gebruikt, maar dit verschil is niet van invloed op mijn gevolgtrekking in de laatste zin van punt 46.