

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

10 november 2011 *

In zaak C-348/10,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Augstākās tiesas Senāts (Letland) bij beslissing van 2 juli 2010, ingekomen bij het Hof op 9 juli 2010, in de procedure

Norma-A SIA,

Dekom SIA

tegen

Latgales plānošanas reģions, rechtsopvolger van Ludzas novada dome,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J.N. Cunha Rodrigues (rapporteur), kamerpresident, U. Löhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh en A. Arabadžiev, rechters,

* Procestaal: Lets.

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 mei 2011,

gelet op de opmerkingen van:

- Norma-A SIA, vertegenwoordigd door L. Krastiņa en I. Azanda, advokāte,

- de Latgales plānošanas reģions, rechtsopvolger van de Ludzas novada dome, vertegenwoordigd door J. Pļuta,

- de Letse regering, vertegenwoordigd door M. Borkoveca en K. Krasovska als gemachtigden,

- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Zadra en A. Sauka als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 juli 2011,

het navolgende

Arrest

- ¹ Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17/EG 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 L 134, blz. 1) en artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 76, blz. 14), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (JO L 335, blz. 31; hierna: „richtlijn 92/13”).
- ² Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Norma-A SIA en Dekom SIA, enerzijds, en de Latgales plānošanas reģions, rechtsopvolger van de Ludzas novads dome [regionale Raad van Ludza (Letland)], anderzijds, over de verlening aan Ludzas autotransporta uzņēmums SIA van een „dienstenconcessie” voor openbaar vervoer per autobus voor de stad Ludza en het district Ludza.

Toepasselijke bepalingen

Wettelijke regeling van de Unie

3 Artikel 1, leden 2, sub a en d, en 3, sub b, van richtlijn 2004/17 bepaalt:

„2. a) ‚Opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen een of meer van de in artikel 2, lid 2, bedoelde aanbestedende diensten en een of meer aannemers, leveranciers, of dienstverrichters:

[...]

d) ‚Opdrachten voor diensten’ zijn andere opdrachten dan de opdrachten voor werken of leveringen die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage [XVII] vermelde diensten.

[...]

3. [...]

- b) De ‚concessieovereenkomst voor diensten’ is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij in uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.”

4 In artikel 2 van die richtlijn wordt bepaald:

„1. In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) ‚aanbestedende diensten’: de Staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen bestaande uit een of meer van dergelijke lichamen of een of meer van dergelijke publiekrechtelijke instellingen.

[...]

2. Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

- a) overheidsdiensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten uitoefenen;

[...]”

5 Artikel 5 van richtlijn 2004/17 bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op activiteiten die 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 beogen.

[...]

2. Deze richtlijn is niet van toepassing op diensten die openbare busdienst verzorgen en die op grond van artikel 2, lid 4, van richtlijn 93/38/EEG van het toepassingsgebied van die richtlijn zijn uitgesloten.”

6 In artikel 1, leden 2, sub a, en 4, van 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 (PB L 134, blz. 114), wordt bepaald:

„2. a) ‚Overheidsopdrachten’ zijn 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 deze richtlijn.

[...]

4. De ‚concessieovereenkomst voor diensten’ is 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.”

7 Artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13 luidt:

„Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/17[...], tenzij deze opdrachten overeenkomstig artikel 5, lid 2, artikelen 18 tot en met 26, artikelen 29 en 30, of artikel 62 van die richtlijn zijn uitgesloten.

[...]”

8 Artikel 2 quinquies, lid 1, van richtlijn 92/13 bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van een onafhankelijke beroepsinstantie, in de volgende gevallen:

[...]

- b) in het geval van een inbreuk op artikel 1, lid 5, artikel 2, lid 3, of artikel 2 bis, lid 2, van deze richtlijn indien de inschrijver die beroep instelt, door deze inbreuk geen precontractuele rechtsmiddelen heeft kunnen doen gelden, zulks in combinatie met een inbreuk op richtlijn 2004/17[...], indien deze laatste inbreuk de kansen heeft beïnvloed om de opdracht te krijgen van de inschrijver die beroep instelt;

[...]”

9 In artikel 2 septies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13 wordt bepaald:

„1. De lidstaten kunnen bepalen dat het in artikel 2 quinquies, lid 1, bedoelde beroep moet worden ingesteld:

[...]

b) [...] in elk geval vóór het verstrijken van een periode van ten minste zes maanden, ingaande op de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten.”

10 Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2007/66, waarbij de in de punten 7 tot en met 9 van het onderhavige arrest genoemde bepalingen in richtlijn 92/13 zijn ingevoegd, bepaalt:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 20 december 2009 aan deze richtlijn te voldoen. [...]”

Nationale regeling

11 Overeenkomstig artikel 1, lid 7, van de Publiskās un privātās partnerības likums (Letse wet inzake de publiek-private samenwerking, *Latvijas Vēstnesis* 2009, nr. 107, blz. 4093), die in werking is getreden op 1 oktober 2009, is een concessieovereenkomst

voor diensten een overeenkomst op grond waarvan een particuliere contractpartner op verzoek van een publieke contractpartner de in bijlage 2 bij de Publisko iepirkumu likums (Letse overheidsopdrachtenwet; hierna: „overheidsopdrachtenwet”) vermelde diensten verricht en als tegenprestatie — of als wezenlijk bestanddeel van de tegenprestatie — voor de verrichte diensten het recht krijgt om deze te exploiteren, maar tegelijk de aan die exploitatie verbonden risico’s of een wezenlijk deel daarvan draagt.

- 12 Krachtens datzelfde artikel 1, lid 8, wordt onder het recht tot exploitatie van de werken of diensten het recht verstaan om een vergoeding van de eindgebruikers van de werken of diensten te krijgen of om een tegenprestatie van de publieke contractpartner te ontvangen, waarvan het bedrag afhangt van de vraag die naar bedoelde diensten bij de eindgebruikers bestaat, of zelfs om zowel een vergoeding van de eindgebruikers van de diensten als een tegenprestatie van de publieke contractpartner te ontvangen.
- 13 Ingevolge artikel 1, lid 9, is er sprake van aan de exploitatie van werken of diensten verbonden risico’s (economische risico’s), voor zover de inkomsten van de particuliere contractpartner afhangen van de vraag die bij de eindgebruikers naar de betrokken werken of diensten bestaat (aan de vraag gerelateerde risico’s) en/of van de omstandigheid dat de aan de gebruikers verleende dienst voldoet aan de voorwaarden van de concessieovereenkomst (aan de beschikbaarheid gerelateerde risico’s), of wanneer er sprake is van zowel aan de vraag gerelateerde risico’s als van aan de beschikbaarheid gerelateerde risico’s.
- 14 Artikel 6, lid 3, van de Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums (Letse wet op de openbaarvervoersdiensten, *Latvijas Vēstnesis* 2007, nr. 106, blz. 3682; hierna: „wet op de openbaarvervoersdiensten”) bepaalt met name dat de openbaarvervoersdiensten worden opgezet afhankelijk van de vraag naar dergelijke diensten, waarbij rekening wordt gehouden met de vereiste dichtheid en regelmatigheid van het vervoer in het kader van de vervoersnetten, de omvang en kwaliteit van de diensten alsmede de economische levensvatbaarheid van het vervoer, en waarbij wordt vastgelegd op welke wijze het reizigersvervoer wordt georganiseerd.

15 Artikel 10, eerste alinea, van die wet bepaalt dat verliezen en kosten die met de verrichting van openbaarvervoersdiensten verband houden aan de vervoerder zullen worden vergoed conform het bepaalde in de artikelen 11 en 12 ervan.

16 In artikel 11, eerste alinea, van diezelfde wet wordt bepaald:

„[...] de vergoeding van de vervoerder voor de aan de verrichting van openbaarvervoersdiensten gerelateerde verliezen komt:

1) voor hun gehele bedrag ten laste van de daarvoor in de staatsbegroting voorziene middelen, wat de tot een regionaal vervoersnet behorende interlokale netten betreft;

1¹) ten laste van de daarvoor in de staatsbegroting voorziene middelen, wat de tot een regionaal vervoersnet behorende routes met een lokaal belang betreft;

1²) ten laste van de begroting van de lokale overheden, wat de tot een regionaal vervoersnet behorende routes met een lokaal belang betreft, voor het gedeelte van de openbaarvervoersdiensten waarvan de organisatie de in de staatsbegroting voorziene middelen om die diensten te waarborgen, overschrijdt;

[...]”

17 Artikel 12 van de wet op de openbaarvervoersdiensten bepaalt:

- „1) De vervoerder heeft, zo de Staat hem minimumvereisten inzake de kwaliteit van de openbaarvervoersdiensten oplegt waaraan een vervoerder die winst nastreeft, niet zou moeten voldoen en waarvan de vervulling extra kosten met zich brengt, recht op vergoeding door de Staat van al die kosten.
- 2) De in de eerste alinea genoemde kostenvergoeding komt toe aan vervoerders die openbaarvervoersdiensten verrichten in het kader van een overheidsopdracht, ingeval de minimumkwaliteitsvereisten worden vastgesteld op het ogenblik dat de openbaarvervoersdiensten al worden verricht.
- 3) De regels voor het bepalen, berekenen en vergoeden van de in de eerste alinea genoemde vergoeding, voor de uitkering uit de nationale begroting aan de lokale overheden van de toelage die is bestemd om die kosten te dekken, en voor het toezicht op de wettelijkheid en regelmatigheid van het gebruik van die middelen, worden vastgesteld door de ministerraad.”

- 18 De Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība (decreet nr. 672 van de ministerraad van 2 oktober 2007, betreffende de vergoeding van uit de verrichting van openbaarvervoersdiensten voortvloeiende kosten en verliezen en de vaststelling van de tarieven van de openbaarvervoersdienst, *Latvijas Vēstnesis* 2007, nr. 175, blz. 3751), dat gold tot en met 20 november 2009, en decreet nr. 1226 van de ministerraad van 26 oktober 2009 (*Latvijas Vēstnesis* 2009, nr. 183, blz. 4169; hierna: „decreet nr. 2009/1226”), dat het eerstgenoemde decreet

met ingang van 21 november 2009 heeft vervangen, zijn allebei gebaseerd op de wet op de openbaarvervoersdiensten.

¹⁹ In artikel 2 van decreet nr. 2009/1226 wordt bepaald:

„[...] de vervoerder ontvangt een vergoeding voor de volgende met de uitvoering van de opdracht inzake openbaarvervoersdiensten samenhangende verliezen:

2.1 de noodzakelijke, aan de uitvoering van de opdracht inzake openbaarvervoersdiensten gerelateerde kosten die de inkomsten overschrijden;

2.2 de kosten die voortvloeien uit de toepassing van de door de aanbestedende dienst vastgestelde tarieven;

2.3 de verliezen die worden veroorzaakt doordat de aanbestedende dienst voor bepaalde categorieën reizigers een tariefvermindering toepast.”

²⁰ Artikel 3 van voornoemd decreet bepaalt dat de vervoerder vergoeding mag vragen van de kosten die zijn ontstaan bij het naleven van de kwaliteitsvereisten die hem door de aanbestedende dienst of bij wettelijke regeling zijn opgelegd nadat hij al met het verrichten van openbaarvervoersdiensten was begonnen, wanneer dat hogere onkosten met zich brengt dan de naleving van de eerder geldende kwaliteitsvereisten.

- 21 In artikel 38 van decreet nr. 2009/1226 wordt bepaald dat de aanbestedende dienst de omvang vaststelt van de verliezen die aan de vervoerder moeten worden vergoed en zich daarbij baseert op het in punt 32.2 van dat decreet bedoelde verslag en op de in de punten 32.3 en 32.4 ervan bedoelde inlichtingen, waarbij hij tevens rekening houdt met het feit of hij al dan niet de tarieven (vervoerstitels) heeft vastgesteld.
- 22 Overeenkomstig artikel 39 van dat decreet bepaalt de aanbestedende dienst de reële verliezen, uitgaande van de totale inkomsten die met de uitvoering van de opdracht inzake openbaarvervoersdiensten zijn verkregen, waarvan de gerechtvaardigde kosten die door de verrichting van openbaarvervoersdiensten zijn ontstaan, worden afgetrokken. In datzelfde decreet wordt onder inkomsten verstaan, de inkomsten uit de verkoop van tickets — ook abonnementen — en soortgelijke in het kader van de uitvoering van de opdracht inzake openbaarvervoersdiensten verkregen inkomsten.
- 23 In artikel 40 van decreet nr. 2009/1226 wordt bepaald dat de aanbestedende dienst de verschuldigde vergoeding vaststelt door bij de overeenkomstig artikel 39 van dat decreet vastgestelde verliezen het bedrag van de winst op te tellen. Dit winstbedrag wordt verkregen door de inkomsten te vermenigvuldigen met een winstpercentage dat wordt berekend door het gemiddelde tarief van de Europese interbancaire markt (Euribor) over de twaalf maanden van het referentiejaar met 2,5 % te vermeerderen.
- 24 De verwijzende rechter wijst erop dat, overeenkomstig artikel 49 van voornoemd decreet, de verliesvergoeding niet groter mag zijn dan het berekende bedrag aan reële verliezen, wanneer de vervoerder de door de aanbestedende dienst vastgestelde tarieven heeft toegepast (vervoerprijs).
- 25 Volgens artikel 50 van datzelfde decreet wordt, indien het recht om openbaarvervoersdiensten te verrichten wordt verleend op grond van de overheidsopdrachtenwet, het vergoedingsbedrag vastgesteld op basis van het verschil tussen de contractueel bepaalde prijs van de openbaarvervoersdienst en de werkelijk verkregen inkomsten.

26 Artikel 57 van decreet nr. 2009/1226 luidt:

„Bij beëindiging van de opdracht inzake openbaarvervoersdiensten:

- 1) zal de vervoerder het te veel betaalde aan de aanbestedende dienst terugstorten, wanneer in de periode van verrichting van de openbaarvervoersdienst de verliesvergoeding groter is dan de werkelijk berekende vergoeding, en zal de aanbestedende dienst die middelen inzetten ter vergoeding van de door andere vervoerders geleden verliezen;

- 2) zal de aanbestedende dienst een verliesvergoeding betalen wanneer in de periode van verrichting van de openbaarvervoersdienst de verliesvergoeding lager was dan de werkelijk berekende vergoeding.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 27 Op 17 juni 2009 heeft de Ludzas rajona padome (districtsraad van Ludza) een aankondiging van openbare aanbesteding voor het verrichten van openbare busvervoersdiensten in de stad Ludza en in het district Ludza bekendgemaakt. Op 6 augustus 2009 hebben verzoeksters in het hoofdgeding hun offerte ingediend.
- 28 Op 31 augustus 2009 werd de betrokken opdracht toegewezen aan Ludzas autotransporta uzņēmums SIA. Als gevolg hiervan heeft de Ludzas novada dome op 2 september 2009 besloten met die onderneming een concessieovereenkomst voor het verrichten van openbaarvervoersdiensten te sluiten.

- 29 Op 16 september 2009 hebben verzoeksters in het hoofdgeding bij de Administratīva rajona tiesa (Letse administratieve rechtbank in eerste aanleg) een beroep tot nietigverklaring van voornoemd besluit van de Ludzas novada dome van 2 september 2009 ingesteld, alsmede een verzoek ingediend om de uitvoering ervan op te schorten. Dat verzoek werd toegewezen bij beslissing van die rechtbank van 16 oktober 2009. Die beslissing werd op 14 december 2009 door de Administratīvā apgabaltiesa (Letse administratieve rechtbank in hoger beroep) bevestigd.
- 30 De verwijzende rechter merkt op dat verzoeksters in het hoofdgeding overeenkomstig de geldende nationale wettelijke regeling het recht hadden om tegen het besluit van de Ludzas novada dome van 2 september 2009 bezwaar aan te tekenen bij het Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten en dat als gevolg van een dergelijk bezwaar de aanbestedende dienst niet tot sluiting van de overeenkomst had kunnen overgaan zolang dat Bureau geen uitspraak had gedaan.
- 31 Op 9 oktober 2009 hebben de Ludzas rajona padome en SIA Ludzas autotransporta uzņēmums een „concessieovereenkomst” gesloten voor het verrichten van de betrokken openbare busvervoersdiensten.
- 32 Verzoeksters in het hoofdgeding hebben daarop bij de Administratīva rajona tiesa beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van die overeenkomst. Dat beroep werd op 3 december 2009 verworpen op grond dat voornoemde overeenkomst onder het privaatrecht viel, zodat de administratiefrechtelijke instanties niet bevoegd waren er kennis van te nemen.
- 33 Op 11 mei 2010 heeft de Administratīvā apgabaltiesa de in eerste aanleg gewezen uitspraak vernietigd, maar het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk verklaard, op grond dat verzoeksters in het hoofdgeding geen subjectief recht hadden om een dergelijk beroep bij de rechterlijke instanties in te dienen, daar de overeenkomst was gesloten vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66.

- 34 Op 21 mei 2010 hebben verzoeksters bij de verwijzende rechter cassatieberoep ingesteld tegen de beslissing van de Administratīva apgabaltiesa. Zij betogen met name dat richtlijn 2007/66 hun een subjectief recht verleende om nietigverklaring van de litigieuze overeenkomst te vorderen, krachtens welk recht derden konden vorderen dat door de staat of de lokale overheden gesloten overeenkomsten nietig worden verklaard.
- 35 Daarop heeft de Augstākās tiesas Senāts de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Moet artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17[...] aldus worden uitgelegd dat een overeenkomst waarbij de geselecteerde inschrijver het recht wordt verleend om diensten van openbaar busvervoer te verrichten, moet worden beschouwd als een concessieovereenkomst voor openbare diensten, wanneer de tegenprestatie gedeeltelijk bestaat in het recht om de betrokken diensten te exploiteren, maar de aanbestedende dienst de dienstverrichter ook vergoedt voor het verlies dat hij bij het verrichten van de diensten lijdt en de bepalingen van publiek recht tot regeling van die diensten alsook de contractuele bepalingen het daaraan verbonden exploitatierisico bovendien beperken?
- 2) Zo de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, is dan artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13[...] sinds 21 december 2009 in Letland rechtstreeks toepasselijk?
- 3) Zo de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, moet artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13[...] dan aldus worden uitgelegd dat het van toepassing is op overheidsopdrachten die zijn gegund vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66[...]?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 36 Vooraf zij opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/17, deze geldt voor de „aanbestedende diensten” die overheidsdiensten of overheidsbedrijven zijn in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, van die richtlijn, waaronder de „territoriale lichamen”, en die „een van de in de artikelen 3 tot en met 7 [van die richtlijn] bedoelde activiteiten uitoefenen”.
- 37 Volgens de verwijzende rechter valt het hoofdgeding onder richtlijn 2004/17, aangezien de betrokken aanbestedende dienst een activiteit uitoefent op het gebied van het vervoer per autobus, in de zin van artikel 5, lid 1, van die richtlijn.
- 38 Volgens de Letse regering daarentegen is in het hoofdgeding, aangezien voornoemde dienst de openbare vervoersdiensten ten behoeve van de inwoners niet zelf verricht, niet richtlijn 2004/17, maar richtlijn 2004/18 van toepassing.
- 39 Dienaangaande hoeft enkel te worden opgemerkt dat artikel 1, leden 2, sub a, en 4, van richtlijn 2004/18 definities bevat van de termen „overheidsopdracht” en „concessieovereenkomst voor diensten” die in wezen analoog zijn aan de overeenkomstige definities in artikel 1, leden 2, sub a, en 3, sub b, van richtlijn 2004/17. Dit betekent dat voor de uitlegging van de begrippen „opdracht voor diensten” en „concessieovereenkomst voor diensten” binnen de respectieve werkingssferen van beide voormelde richtlijnen dezelfde overwegingen moeten worden gehanteerd (arrest van 10 september 2009, Eurawasser, C-206/08, Jurispr. blz. I-8377, punten 42 en 43). Daarom kan de uitlegging van artikel 1, leden 2, sub a, en 3, sub b, van richtlijn 2004/17 rechtstreeks

worden overgebracht naar de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 2004/18, zoals de Letse regering overigens heeft erkend.

- 40 De vraag of er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten dan wel van een overheidsopdracht voor diensten, dient uitsluitend op basis van het Unierecht te worden beoordeeld (zie met name arrest van 10 maart 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, *Jurispr. blz. I-1335*, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 Uit de begrippen „overheidsopdracht voor diensten” en „concessieovereenkomst voor diensten”, zoals gedefinieerd in respectievelijk de leden 2, sub a en d, en 3, van artikel 1 van richtlijn 2004/17, volgt dat het verschil tussen een opdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie 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 te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs (zie in die zin met name reeds aangehaald arrest *Eurawasser*, punt 51).
- 42 Wat de overeenkomst inzake het verrichten van diensten betreft, voldoet de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, aan het door artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17 voorgeschreven vereiste van een tegenprestatie (zie met name reeds aangehaald arrest *Eurawasser*, punt 57).
- 43 Dit is het geval wanneer, zoals in het hoofdgeding, degene die de openbare busvervoersdiensten verricht het recht verkrijgt om de diensten te exploiteren en als tegenprestatie daarvoor door de gebruikers van die diensten wordt vergoed tegen een vastgesteld tarief.

- 44 Ook al is de wijze van vergoeding dus een van de factoren die bepalend zijn voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten, uit de rechtspraak volgt voorts dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt, en dat de omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, erop duidt dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en niet een concessieovereenkomst voor diensten (zie met name reeds aangehaald arrest *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, punt 26).
- 45 Derhalve moet worden nagegaan of de dienstverrichter het aan de exploitatie van de betrokken dienst verbonden risico draagt. Dit risico kan weliswaar van meet af aan erg beperkt zijn, maar voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder (zie in die zin met name reeds aangehaald arrest *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, punt 29).
- 46 Het is immers gebruikelijk dat voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut, zoals die welke aan de orde zijn in het hoofdgeding, regelingen gelden die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben. Enerzijds vergemakkelijkt de publiekrechtelijke organisatie die geldt voor de economische en financiële exploitatie van de dienst, het toezicht op de exploitatie daarvan, en verkleint zij het aantal factoren dat de transparantie kan aantasten en de mededinging kan vervalsen. Anderzijds moet het te goeder trouw handelende aanbestedende diensten voortaan vrijstaan om de dienstverrichting door middel van een concessie te verzekeren wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren, zelfs wanneer het aan de exploitatie verbonden risico erg beperkt is (reeds aangehaald arrest *Eurawasser*, punt 72-74).
- 47 Heeft de aanbestedende dienst geen enkele invloed op de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, dan is het hem in dergelijke omstandigheden onmogelijk om risicofactoren die op grond daarvan zijn uitgesloten, in te voeren en

bijgevolg over te dragen. Het zou voorts niet redelijk zijn om van een concessieverlenende overheidsinstantie te verlangen dat zij strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico in het leven roept dan die waarvan op grond van de voor de betrokken sector geldende regeling in die sector sprake is (reeds aangehaald arrest Eurawasser, punten 75-76).

- 48 Het exploitatierisico moet worden opgevat als het risico van blootstelling aan de gril-
len van de markt (zie in die zin reeds aangehaald arrest Eurawasser, punt 67), dat zijn
neerslag kan vinden in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers,
het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van
insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat de
exploitatiekosten niet door de inkomsten worden gedekt of het risico van aansprake-
lijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening (zie in die zin reeds aange-
haald arrest Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punt 37).
- 49 Daarentegen zijn risico's als die welke zijn verbonden aan een slecht beheer of be-
oordelingsfouten van de marktdeelnemer niet bepalend voor de kwalificatie van een
overeenkomst als overheidsopdracht voor diensten of als concessieovereenkomst
voor diensten, nu dergelijke risico's immers inherent zijn aan elke overeenkomst, ongeacht of het daarbij gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een
concessieovereenkomst voor diensten (reeds aangehaald arrest Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punt 38).
- 50 Het economisch risico van de exploitatie kan weliswaar, zoals in punt 45 van het onderhavige arrest is overwogen, van meet af aan erg beperkt zijn, maar voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.

- 51 Volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens wordt in de in het hoofdingeding toepasselijke wettelijke regeling bepaald dat de aanbestedende dienst de exploitatieverliezen die de dienstverrichter lijdt, vergoedt, en dat de dienstverrichter bovendien, gelet op de bepalingen van publiek recht tot regeling van die diensten alsook de contractuele bepalingen, niet het „exploitatierisico [...] voor een aanzienlijk deel” draagt.
- 52 Dienaangaande merkt de verwijzende rechter met name op dat de aanbestedende dienst op grond van de contractuele bepalingen middelen op de staatsbegroting reserveert om de vervoerder te vergoeden voor de aan het verrichten van de openbaarvervoersdienst gerelateerde verliezen die bij het verrichten van die dienst ontstaan en voor verwante kosten, en dat inkomsten die de vervoerder uit het verrichten van de openbaarvervoersdiensten heeft verkregen niet meegerekend worden.
- 53 Voorts ontvangt de vervoerder ingevolge de artikelen 2 en 3 van decreet nr. 2009/1226 een vergoeding voor de met de uitvoering van de opdracht samenhangende verliezen, wat het gedeelte van de noodzakelijke, aan de uitvoering van de opdracht inzake openbaarvervoersdiensten gerelateerde kosten betreft die de inkomsten overschrijden, voor de kosten die voortvloeien uit de toepassing van de door de aanbestedende dienst vastgestelde tarieven, voor de verliezen die worden veroorzaakt doordat de aanbestedende dienst voor bepaalde categorieën reizigers een tariefvermindering toepast, en voor de kosten die zijn ontstaan bij het naleven van de kwaliteitsvereisten die zijn opgelegd nadat hij al met het verrichten van de diensten was begonnen, wanneer dat hogere onkosten met zich brengt dan de naleving van de eerder geldende kwaliteitsvereisten.
- 54 Hieraan moet worden toegevoegd dat artikel 40 van decreet nr. 2009/1226 voorziet in de betaling aan de opdrachtnemer van een bedrag op basis van de winst, dat wordt vastgesteld door de inkomsten te vermenigvuldigen met een winstpercentage dat wordt berekend door het gemiddelde tarief van de Europese interbancaire markt (Euribor) over de twaalf maanden van het referentiejaar met 2,5 % te vermeerderen.

- 55 Gelet op die clausules en bepalingen van nationaal recht kan niet worden geconcludeerd dat een aanzienlijk deel van het risico van blootstelling aan de grillen van de markt door de opdrachtnemer wordt gedragen. Derhalve moet een dergelijke verrichting worden gekwalificeerd als een „opdracht voor diensten”, in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/17, en niet als een „concessieovereenkomst voor diensten”, in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van die richtlijn.
- 56 Ter terechtzitting voor het Hof verschilden partijen inderdaad van mening over de omvang van het in concreto door de opdrachtnemer te dragen risico. Zo betoogden de Letse regering en verweerder in het hoofdgeding, in tegenstelling tot verzoeksters in het hoofdgeding en de Europese Commissie, dat verschillende factoren, zoals de afname van overheidsmiddelen voor het dekken van eventuele verliezen, het ontbreken van dekking van bepaalde soorten kosten en verliezen, met name die welke verband houden met de wijziging van routes en trajecten, en de onzekerheid van omvang van de vraag van gebruikers, het risico zodanig verhogen dat een aanzienlijk deel ervan in feite zou worden gedragen door de opdrachtnemer, temeer daar de looptijd van de overeenkomst acht jaar bedraagt. Derhalve zou wel degelijk sprake zijn van een concessieovereenkomst voor diensten.
- 57 Het staat niet aan het Hof de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verrichtingen concreet te kwalificeren, aangezien voor deze kwalificatie de nationale rechter bij uitsluiting bevoegd is. De rol van het Hof is beperkt tot het verstrekken van een nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht aan deze rechter, zodat hij in de bij hem aangebrachte zaak uitspraak kan doen (zie met name arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 32).
- 58 De nationale rechter is de enige die, enerzijds, de bepalingen van zijn nationale recht kan uitleggen, en, anderzijds, aan de hand van dat recht en de contractuele bepalingen kan vaststellen in welke mate de contractant in concreto risico draagt. Niettemin voert het onderzoek van de betrokken verrichting in het licht van de bestuursrechtelijke en contractuele bepalingen, zoals deze in de verwijzingsbeslissing zijn

uiteengezet, op het eerste gezicht, tot de conclusie dat die verrichting de kenmerken vertoont van een opdracht voor diensten.

- 59 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat als een „opdracht voor diensten” in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van die richtlijn moet worden aangemerkt een overeenkomst op grond waarvan een contractant, krachtens de bepalingen van publiek recht tot regeling van die diensten alsook de contractuele bepalingen, niet het op de aanbestedende dienst rustende exploitatierisico voor een aanzienlijk deel op zich neemt. Het staat aan de nationale rechter om, onder inaanmerkingneming van alle kenmerken van die verrichting, te beoordelen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verrichting moet worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor diensten of als een overheidsopdracht voor diensten.

Tweede en derde vraag

- 60 Met deze vragen, die tezamen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, mocht de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst worden gekwalificeerd als een „overheidsopdracht voor diensten”, in de zin van richtlijn 2004/17, artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13, dat krachtens artikel 1 ervan van toepassing is op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/17, toepasbaar is op die opdracht, hoewel de overeenkomst was gesloten vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66, bij welke richtlijn voornoemd artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, in richtlijn 92/13 is ingevoegd, en, zo ja, of laatstgenoemde bepaling rechtstreekse werking heeft.
- 61 Wanneer, zoals de Letse regering betoogt, richtlijn 2004/18 van toepassing is, hetgeen door de nationale rechter dient te worden nagegaan, moet worden opgemerkt dat bij artikel 1 van richtlijn 2007/66 gelijklopende bepalingen als die van artikel 2 quinquies en artikel 2 septies van richtlijn 92/13, zijn ingevoegd in richtlijn 89/665/

EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 (PB L 209, blz. 1), zodat de uitlegging van laatstgenoemde bepalingen rechtstreeks kan worden overgebracht naar de overeenkomstige bepalingen van de aldus gewijzigde richtlijn 89/665.

- 62 Overeenkomstig artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13, zorgen de lidstaten ervoor dat een overeenkomst door een beroepsinstantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van een onafhankelijke beroepsinstantie, met name indien de overeenkomst is gesloten terwijl bij een instantie in eerste aanleg, die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, overeenkomstig artikel 2, lid 3, van die richtlijn een beroep is ingesteld aangaande een besluit tot gunning van een opdracht, of indien zij is gesloten zonder dat de in artikel 2 bis, lid 2, van die richtlijn bedoelde opschortende termijn in acht is genomen.
- 63 Zonder dat behoeft te worden onderzocht of na het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66 een particulier zich tegenover een aanbestedende dienst als verweerder in het hoofdgeding bij de nationale rechterlijke instanties kan beroepen op artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13, kan worden volstaan met de vaststelling dat die bepaling in ieder geval niet van toepassing is op opdracht-overeenkomsten die, zoals in het hoofdgeding, zijn gesloten vóór het verstrijken, op 20 december 2009, van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66, wanneer die richtlijn vóór het verstrijken van die termijn niet is omgezet.
- 64 Vaststaat dat het besluit tot gunning van de betrokken opdracht werd genomen op 2 september 2009 en dat de litigieuze overeenkomst werd gesloten op 9 oktober 2009.

- 65 De omstandigheid dat, overeenkomstig artikel 2 septies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13, de lidstaten kunnen bepalen dat het in artikel 2 quinquies, lid 1, van die richtlijn bedoelde beroep moet worden ingesteld „in elk geval vóór het verstrijken van een periode van ten minste zes maanden, ingaande op de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten”, betekent nog niet dat opdrachtovereenkomsten die, zoals in het hoofdgeding, zijn gesloten in de zes maanden voorafgaande aan het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66, binnen de werkingssfeer van voornoemd artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, zouden kunnen vallen.
- 66 Aangezien richtlijn 2007/66 geen enkele aanwijzing bevat dat de betrokken bepaling terugwerkende kracht heeft, zou het in strijd zijn met het beginsel van rechtszekerheid om aan te nemen dat die bepaling van toepassing is op opdrachtovereenkomsten die zijn gesloten vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van die richtlijn.
- 67 Gelet op het voorgaande moet op de tweede en derde vraag worden geantwoord, dat artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13 niet van toepassing is op overheidsopdrachten die zijn gegund vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66.

Kosten

- 68 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Richtlijn 2004/17/EG 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, moet aldus worden uitgelegd dat als een „opdracht voor diensten” in de zin van artikel 1, lid 2, sub d, van die richtlijn moet worden aangemerkt een overeenkomst op grond waarvan een contractant, krachtens de bepalingen van publiek recht tot regeling van die diensten alsook de contractuele bepalingen, niet het op de aanbestedende dienst rustende exploitatierisico voor een aanzienlijk deel op zich neemt. Het staat aan de nationale rechter om, onder inaanmerkingneming van alle kenmerken van die verrichting, te beoordelen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verrichting moet worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor diensten of als een overheidsopdracht voor diensten.**

- 2) **Artikel 2 quinquies, lid 1, sub b, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, is niet van toepassing op overheidsopdrachten die zijn gegund vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2007/66.**

ondertekeningen