

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 7 juli 2011¹

Innehållsförteckning

I – Tillämpliga bestämmelser	I - 10987
A – Unionsrätten	I - 10987
B – Nationell rätt	I - 10989
II – Bakgrund	I - 10992
III – Tolkningsfrågorna	I - 10993
IV – Förfarandet vid domstolen	I - 10995
V – Parternas argument	I - 10995
VI – Rättslig bedömning	I - 10996
A – Den första frågan: Distinktionen mellan tjänstekontrakt och tjänstekoncession	I - 10996
B – Den andra frågan: Huruvida direktiv 1992/13, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, har direkt effekt	I - 11001
C – Den tredje frågan: Huruvida direktiv 1992/13 har retroaktiv verkan..	I - 11005
VII – Förslag till avgörande	I - 11006

1 – Originalspråk: spanska.

Förevarande begäran om förhandsavgörande kan ge Europeiska unionens domstol tillfälle att berika sin praxis avseende kriterierna för att skilja mellan ett offentligt tjänstekontrakt och tjänstekoncession, i den mening som avses i unionsrätten, samt att precisera förutläggningarna för att ett direktiv som inte införlivats inom föreskrivna frister ska få direkt effekt. Domstolen kan även få tillfälle att än en gång illustrera behovet av rättsligt samarbete mellan unionen och medlemsstaterna vid tillämpningen av unionsrätten.

31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster³ (nedan även kallat försörjningsdirektivet) omarbetades gällande regler för offentlig upphandling⁴ och inrättades, i klagörande syfte, en systematisk organisering av de samordningsinstrument som gemenskapslagstiftaren utarbetat. I detta hänseende och för att definiera använda begrepp och kategorier föreskrivs i artikel 1.2 a och d i försörjningsdirektivet⁵ följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som anges i denna artikel

I – Tillämpliga bestämmelser

- a) varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt: skriftliga avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera av de upphandlande enheter

A – Unionsrätten

1. Genom antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster² (nedan kallat direktiv 2004/18) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den

3 — EUT L 134, s. 1.

4 — Genom direktiv 2004/18 samordnades i ett slag de enskilda regelverken inom olika sektorer vilka återfanns i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid upphandling av offentliga kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) samt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), medan försörjningsdirektivet gjorde detsamma vad avser bestämmelserna i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

5 — Det är vedertaget att begreppsmässiga överväganden vad avser de kategorier som definieras genom försörjningsdirektivet kan tillämpas, på grund av begreppens likhet med dem som förekommer i artiklarna 1.2 och 4 i direktiv 2004/18. Se för ett liknande resonemang dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, Eurawasser (REG 2009, s. I-8377), punkt 43. Vad avser uppkomsten av dessa båda direktiv, jämför Jan M. Hebly, *European Public Procurement: Legislative History of the "Utilities" Directive 2004/17/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, respektive *European Public Procurement: Legislative History of the "Classic" Directive 2004/18/EC*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007.

2 — EUT L 134, s. 114.

som avses i artikel 2.2 och en eller flera entreprenörer, varuleverantörer, eller tjänsteleverantörer.

...

- d) tjänstekontrakt: andra kontrakt än byggentreprenad eller varukontrakt som avser tillhandahållande av sådana tjänster som anges i bilaga XVII.”

2. Enligt artikel 1.3 b i försörjningsdirektivet avses med ”tjänstekoncession” ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

3. Enligt artikel 2.2 a i försörjningsdirektivet är detta tillämpligt på ”upphandlande enheter som ... är upphandlande myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7”.

4. Enligt artikel 5.1 i försörjningsdirektivet är detta tillämpligt på ”verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana”.

5. Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna⁶ (nedan kallat direktiv 1992/13), i dess lydelse enligt direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007,⁷ har vidare till syfte att säkerställa tillämpningen såväl av direktiv 2004/17 som av direktiv 2004/18, och för detta ändamål föreskrivs i artikel 2d.1 b följande:

”1. Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

...

- b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före avtalets ingående, när en sådan överträdelse föreligger i kombination med en överträdelse av [försörjningsdirektivet], om den överträdelsen

⁶ — EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127.

⁷ — EUT L 335, s. 31.

har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet.”

omfattas av de regionala myndigheternas autonoma befogenheter.

6. I artikel 2f.1 b i direktiv 1992/13, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66/EG, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får föreskriva att en ansökan om prövning i enlighet med artikel 2d.1 ska göras:

...

b) under alla omständigheter före utgången av minst 6 månader räknat från och med dagen efter det att avtalet ingicks.”

B – Nationell rätt

7. Följande nationella bestämmelser är relevanta. I artikel 15 i lagen om regionala myndigheter (likums Par pašvaldībām)⁸ föreskrivs att organisationen av kollektivtrafiktjänster

8. I artikel 1.7 i lagen om offentlig-privata partnerskap (Publiskās un privātās partnerības likums),⁹ föreskrivs vidare att ett tjänstekoncessionsavtal är ett avtal enligt vilket en privat part, på begäran av en offentlig part, tillhandahåller sådana tjänster som anges i bilaga 2 till lagen om offentlig upphandling (Publisko iepirkumu likums), och som enda eller huvudsaklig ersättning erhåller rätten att utnyttja tjänsterna och samtidigt tar på sig hela eller merparten av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten.

9. Enligt punkt 8 i ovannämnda bestämmelse innefattar rätten att utnyttja tjänsterna en rätt att uppbära avgifter av dem som använder tjänsterna eller en rätt att av den offentliga parten erhålla ersättning vars storlek beror på användarnas efterfrågan, eller en rätt att både uppbära avgifter från användarna och att erhålla ersättning från den offentliga parten.

8 — *Latvijas Vēstnesis* nr 61, av den 24 maj 1994, s. 192.

9 — *Latvijas Vēstnesis* nr 107, av den 9 juli 2009, s. 4093, trädde i kraft den 1 oktober 2009. Fram till den 30 september 2009 var lagen om koncessioner (Koncesiju likums) i kraft. I artikel 1.2 i denna lag definieras koncession som ”överlåtelse av rätten att tillhandahålla tjänster eller den exklusiva rätten att utnyttja de resurser som koncessionen avser, under en begränsad period, i enlighet med ett koncessionsavtal som ingåtts mellan koncessionsgivaren och koncessionshavaren”.

10. Enligt artikel 1.9 avses med begreppet ”risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten” de ekonomiska risker som föreligger när den privata partens intäkter är avhängiga av användarnas efterfrågan på de aktuella tjänsterna (efterfrågerisk) eller av att tjänsterna tillhandahålls användarna i enlighet med kraven i koncessionsavtalet (tillgänglighetsrisk), eller av både efterfrågerisk och tillgänglighetsrisk.

11. Även lagen om kollektivtrafiktjänster (Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums)¹⁰ är relevant för målet vid den nationella domstolen. I artikel 8 andra stycket i denna lag föreskrivs att om inte annat anges i lagen ska uppdragsgivaren organisera kollektivtrafiktjänster enligt lagen om offentlig upphandling eller den lag som reglerar tilldelning av koncessioner.

12. I artikel 10 första stycket i lagen om kollektivtrafiktjänster anges att transportföretaget ska erhålla ersättning för förluster och kostnader som uppkommer i samband med tillhandahållandet av kollektivtrafiktjänster, i enlighet med vad som föreskrivs i artiklarna 11 och 12 i nämnda lag. I artikel 10 tredje stycket i lagen anges att med förluster i lagens mening även avses kostnaden för tjänsten, om

uppdragsgivaren har organiserat upphandlingen av kollektivtrafiken enligt lagen om offentlig upphandling.

13. I artikel 11 första stycket i lagen om kollektivtrafiktjänster anges att transportföretaget ska erhålla ersättning för förluster som uppkommer i samband med tillhandahållandet av kollektivtrafiktjänster enligt följande:

”1¹) Med särskilt avsatta medel i statsbudgeten, när det gäller linjer som ingår i ett regionalt transportnät av lokalt intresse.

1²) Med kommunala budgetmedel, när det gäller linjer som ingår i ett regionalt transportnät av lokalt intresse, med avseende på den del av beställningen av kollektivtrafiktjänster som överstiger de medel som avsatts i statsbudgeten för att garantera dessa tjänster. ...”

14. I artikel 12 första stycket i lagen om kollektivtrafiktjänster anges att om staten har ställt upp minimikvalitetskrav för kollektivtrafiktjänster som ett transportföretag som bedriver verksamhet i vinstsyfte inte hade behövt uppfylla, och det medför extrakostnader för företaget att uppfylla dessa krav, har transportföretaget rätt att erhålla ersättning av staten för samtliga dessa kostnader. I artikel 12 andra stycket i samma lag anges att ersättning i enlighet med första stycket ska utgå till transportföretag som tillhandahåller

10 — *Latvijas Vēstnesis* nr 106, av den 4 juli 2007, s. 3682.

kollektivtrafiktjänster inom ramen för en of-fentlig beställning, om minimikvalitetskraven fastställdes efter det att kollektivtrafiktjänsterna började tillhandahållas.

15. I artikel 2 i ministerrådsdekret nr 1226 om ersättning för förluster och kostnader som uppkommit i samband med tillhandahållande av kollektivtrafiktjänster och om fastställande av taxor för kollektivtrafiken (Ministru Kabineta noteikums nr 1226, Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība) (nedan kallat dekretet)¹¹, utfärdat med stöd av lagen om kollektivtrafiktjänster, föreskrivs att transportföretaget ska ersättas för följande förluster i samband med fullgörande av avtal om kollektivtrafik:

- ”1) Oundvikliga kostnader för att fullgöra kollektivtrafiksavtalet som överstiger intäkterna.
- 2) Kostnader som uppkommit till följd av tillämpningen av de taxor som uppdragsgivaren fastställt.
- 3) Intäktsbortfall till följd av att uppdragsgivaren tillämpar reducerat pris på transporter för vissa passagerarkategorier.”

11 — *Latvijas Vēstnesis* nr 183, av den 20 november 2009, s. 4169. Det trädde i kraft den 21 november 2009 och ersatte ministerrådets dekret nr 672, av den 2 oktober 2007 (*Latvijas Vēstnesis* nr 175, av den 31 oktober 2007, s. 3751).

16. I artikel 3 i dekretet föreskrivs att transportföretaget har rätt att begära ersättning för kostnader för att uppfylla minimikvalitetskrav som uppställs av uppdragsgivaren eller i lag när tillhandahållandet av kollektivtrafiktjänster redan har påbörjats, om dessa krav medför kostnader som överstiger kostnaderna i samband med uppfyllandet av de tidigare fastställda kvalitetskraven.

17. Enligt artikel 39 i dekretet ska uppdragsgivaren fastställa de reella förlusterna på grundval av de samlade intäkter som fullgörandet av avtalet om kollektivtrafik har genererat, med undantag för normala kostnader för att tillhandahålla kollektivtrafiktjänster. Med intäkter i denna bestämmelse avses intäkter från biljettförsäljning, inbegripet periodkort, och liknande intäkter som fullgörandet av avtalet om kollektivtrafik genererar.

18. Uppdragsgivaren ska fastställa storleken på den ersättning som ska betalas ut, genom att den enligt artikel 39 i dekretet fastställda förlustvolymen läggs ihop med vinsten. Vinsten bestäms genom att multiplicera intäkterna med en procentsats av vinsten. Procentsatsen utgörs av genomsnittet av utlåningsräntan mellan banker inom EU (Euribor) under referensårets 12 månader, ökat med 2,5 procent (artikel 40 i dekretet).

19. Storleken på förlustersättningen får inte överstiga den reella framräknade förlustvolymen, om transportföretaget har tillämpat de taxor som uppdragsgivaren fastställt (priset för transporten) (artikel 49 i dekretet).

20. Medan tilldelning av rätten att tillhandahålla kollektivtrafiktjänster sker enligt lagen om offentlig upphandling, fastställs storleken på ersättningen på grundval av skillnaden mellan priset på kollektivtrafiktjänsten enligt avtalet och de faktiska intäkterna (artikel 50 i dekretet).

21. Enligt artikel 57 i dekretet medför en uppsägning av avtalet om kollektivtrafiktjänster följande konsekvenser:

- ”1) Transportföretaget ska till uppdragsgivaren återbetala för mycket utbetalda medel, om storleken på förlustersättningen under den period då kollektivtrafiktjänsten tillhandahålls överstiger det framräknade faktiska ersättningsbeloppet, och uppdragsgivaren ska avsätta dessa medel för att ersätta andra transportföretags förluster.
- 2) Uppdragsgivaren ska betala ut förlustersättning, om storleken på förlustersättningen under den period då kollektivtrafiktjänsten tillhandahålls understiger det framräknade faktiska ersättningsbeloppet.”

II – Bakgrund

22. Såsom framgår av begäran om förhandsavgörande offentliggjorde länsstyrelsen i Ludza (Ludzas rajona padome) den 17 juni 2009 ett meddelande om upphandling av tjänster avseende kollektiv busstrafik i staden Ludza och för det regionala bussnätet i kommunen Ludza. Anbudsgivarna i målet vid den nationella domstolen inkom med sina anbud den 6 augusti 2009.

23. Kontraktet tilldelades genom beslut av den 31 augusti 2009 företaget SIA Ludzas autotransporta uzņēmums (nedan kallat SIA Ludzas). Ludzas novada dome¹² beslutade den 2 september 2009 att ingå ett koncessionsavtal med detta företag.

24. Klagandena ansökte den 16 september 2009 vid domstol om överprövning av detta beslut och yrkade dessutom uppskov med verkställigheten av beslutet. Administratīvā rajona tiesa (förvaltningsrätt i första instans) medgav inhibition genom beslut av den 16 oktober 2009. Detta beslut överklagades till Administratīvā apgabaltiesa (appellationsdomstol) som den 14 december 2009 fastställde detsamma.

¹² — En myndighet som tillfälligt tog över länsstyrelsens uppgifter trots att dessa två myndigheter förefaller ha samexisterat under en viss tid.

25. Länsstyrelsen och SIA Ludzas hade dock redan den 9 oktober 2009 ingått ett koncessionsavtal, varför klagandena den 26 november 2009 vid förvaltningsrätten i första instans ansökte om överprövning av detta avtal och yrkade att det skulle ogiltigförklaras.

att domstolen inte kunde neka dem en rättighet som följer av själva syftet med direktivet.

III – Tolkningsfrågorna

26. Genom beslut av den 3 december 2009 avvisade förvaltningsrätten i första instans talan om ogiltigförklaring och anförde att förvaltningsrätten saknade behörighet i denna fråga, eftersom det aktuella avtalet var ett civilrättsligt avtal.

29. Det var mot denna bakgrund som Lettlands högsta domstol beslutade att hänskjuta följande tre tolkningsfrågor för ett förhandsavgörande:

27. Detta beslut upphävdes av appellationsdomstolen genom dom av den 11 maj 2010. Denna domstol ogillade emellertid även klagandenas talan i sak med hänvisning till, såsom framgår av beslutet om hänskjutande, att dessa ”inte hade någon subjektiv rätt att föra talan om det aktuella avtalets ogiltighet”.

”1) Ska artikel 1.3 b i försörjningsdirektivet tolkas på så sätt att ett avtal enligt vilket en entreprenör ges rätt att bedriva kollektiv busstrafik ska anses utgöra ett koncessionsavtal om allmännyttiga tjänster, när avtalet innebär att ersättningen till viss del består i att utnyttja de aktuella tjänsterna samtidigt som den upphandlande enheten ska ersätta tjänsteleverantören för förluster som uppkommer i samband med utnyttjandet och de offentligrättsliga bestämmelser som reglerar tillhandahållandet av de aktuella tjänsterna och avtalsbestämmelserna innebär att den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten begränsas?

28. Klagandena har överklagat denna dom till Lettlands högsta domstol och har därvid gjort gällande att direktiv 2007/66 innebär att de har en subjektiv rätt att föra talan om att det aktuella avtalet ska ogiltigförklaras. Även om fristen för att införliva direktivet inte hade löpt ut då avtalet ingicks menar klagandena

2) Om svaret på den första frågan är nekande, är artikel 2d.12 b i direktiv 1992/13/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66/EG,

direkt tillämplig i Republiken Lettland sedan den 21 december 2009?

- 3) Om svaret på den andra frågan är jakande, ska artikel 2d.12 b i direktiv 1992/13/EEG tolkas på så sätt att den är tillämplig på offentliga kontrakt som ingicks före utgången av fristen för att införliva direktiv 2007/66/EG med nationell rätt?"

30. Det ska inledningsvis påpekas att såsom framgår av frågornas ordalydelse avser hän-skjutandedomstolens första frågeställning huruvida ett kontrakt avseende tillhandahållande av kollektivtrafiktjänster ska kvalificeras som en "tjänstekoncession", i den mening som avses i artikel 1.3 b i försörjningsdirektivet, när följande omständigheter föreligger:

- 1) En del av ersättningen består i rätten att utnyttja kollektivtrafiktjänsterna (tjänsteverantören erhåller ersättningen i form av avgifter som betalas av tredje man, det vill säga kollektivtrafikresenärerna).

- 2) Den upphandlande enheten betalar, i enlighet med nationella bestämmelser, ut ersättning till tjänsteverantören när det uppkommer förluster till följd av tjänstetillhandahållandet.

- 3) Verksamhetsrisken för kollektivtrafiktjänsten är begränsad, vilket följer av de bestämmelser som reglerar upphandlingen av tillhandahållandet av nämnda tjänster och av avtalsvillkoren.

31. Vad beträffar den andra tolkningsfrågan har Lettlands högsta domstol anført att med hänsyn till den omständigheten att Lettland under perioden från den 21 december 2009 till den 14 juni 2010 inte hade fullgjort sina skyldigheter enligt direktiv 2007/66 ska artikel 2d.12 b i direktiv 1992/13 tolkas på så sätt att den även är tillämplig på de avtal som avses i försörjningsdirektivet och som har ingåtts innan fristen för att införliva direktiv 2007/66 med intern rätt har löpt ut. Enligt artikel 2f.12 b i direktiv 1992/13 har en aktör rätt att begära prövning av ett avtal före utgången av minst 6 månader räknat från och med dagen då avtalet ingicks. I det nu aktuella fallet innebär detta, med beaktande av dagen då avtalet ingicks (den 9 oktober 2009), att klagandebolagen även hade en sådan rätt den 21 december 2009 (efter utgången av fristen för att införliva direktivet med nationell rätt).

32. Lettlands högsta domstol anser slutligen att det råder tvivel om hur artikel 1.3 b i försörjningsdirektivet och artikel 2d.12 b i direktiv 1992/13 ska tolkas, och att detta är en fråga av väsentlig betydelse för att kunna

bedöma huruvida klagandebolagen har rätt att föra talan vid domstol angående avtalets ogiltighet.

IV – Förfarandet vid domstolen

33. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 9 juli 2010.

34. Norma-A och Dekom, Österrikes och Lettlands regeringar samt kommissionen har inkommit med yttranden.

35. Under den muntliga förhandlingen den 18 maj 2011 har Norma-A:s och Dekoms ombud, Latgales plānošanas reģions¹³, Lettlands regering samt kommissionen yttrat sig.

V – Parternas argument

36. Vad beträffar frågan om hur det ifrågasvarande avtalet ska kvalificeras har Norm-A och Dekom, Österrikes regering samt

kommissionen i huvudsak anfört att det rör sig om ett tjänstekontrakt i den mening som avses i försörjningsdirektivet, medan Lettlands regering anser att avtalet är en koncession. Medan de förstnämnda anser att den risknivå som det kontrakterade företaget åtar sig inte når upp till den nivå som krävs för att det ska vara fråga om en koncession har Lettlands regering och Latgales plānošanas reģions gjort gällande att den ekonomiska risken är väsentlig och i vart fall tillräcklig för att man ska kunna tala om en tjänstekoncession.

37. Vad avser den andra och den tredje frågan har kommissionen, Österrikes och Lettlands regeringar samt Latgales plānošanas reģions anfört att direktiv 2007/66 inte är tillämpligt på avtal som ingicks innan den föreskrivna fristen för att införliva direktivet hade löpt ut. Österrikes regering har därvid gjort gällande att direktivet saknar den ovillkorlighet och precision som krävs för att det ska kunna anses ha direkt effekt, även om detta enligt Österrikes regering är en rent hypotetisk observation, eftersom det ifrågasvarande upphandlingsförfarandet redan hade slutförts innan fristen för att införliva direktivet löpte ut och det inte finns något som tyder på att direktivet skulle ha retroaktiv verkan som innebär att de kontrakt som ingicks innan nämnda frist hade löpt ut ska ogiltigförklaras. Varje annan lösning skulle stå i strid med rättssäkerhetsprincipen, vilket även Lettlands regering har erinrat om. Kommissionen har däremot som svar på de två sista frågorna

¹³ — En enhet som har ersatt Ludzas novada pašvaldība (Ludzadistriktets autonoma förvaltning) som svarande i målet vid den nationella domstolen.

anfört att de förhållanden som traditionellt sett krävs för att ett direktiv ska anses ha direkt effekt föreligger, men att direktivet ändå inte kan vara tillämpligt på kontrakt som ingicks innan fristen för att införliva detsamma hade löpt ut.

VI – Rättslig bedömning

A – Den första frågan: Distinktionen mellan tjänstekontrakt och tjänstekoncession

38. Norm-A och Dekom har slutligen anfört att i enlighet med artikel 2f.1 b i direktiv 2007/66 har sakägaren rätt att föra talan om att kontraktet ska ogiltigförklaras inom sex månader från den tidpunkt då det ingicks. Eftersom denna frist i förevarande fall inte hade löpt ut vid den tidpunkt då direktivet borde ha införlivats är artikel 2d tillämplig även om kontraktet hade ingåtts tidigare. På samma sätt som medlemsstaterna måste avhålla sig från att anta bestämmelser som står i strid med de syften som föreskrivs i direktivet är de skyldiga att tolka den nationella rätten i överensstämmelse med direktivet. I fall som det förevarande följer den subjektiva rätten att föra en sådan talan vid ett oberoende prövningsorgan av de syften som eftersträvas genom direktivet.

39. Det ankommer utslutande på den hänskjutande domstolen att fastställa hur kontraktet som är föremål för talan i det nationella målet ska kvalificeras. Den hänskjutande domstolen kan endast förvänta sig att EU-domstolen tillhandahåller en tolkning av unionsrätten som kan vara användbar för det beslut som den senare ska fatta i den tvist som den har att pröva (se, i detta sammanhang, dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 32).

40. Frågan huruvida det rör sig om en "tjänstekoncession" eller ett "offentligt tjänstekontrakt" ska bedömas enbart utifrån unionsrätten (se dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-6657, punkt 31, och dom av den 15 oktober 2008 i mål C-196/08, Acoset, REG 2009, s. I-9913, punkt 38).

41. Det framgår av artikel 1.2 a jämförd med artikel 1.2 d i försörjningsdirektivet att tjänstekontrakt är skriftliga avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera av de upphandlande enheter som avses i artikel 2.2 och en eller flera entreprenörer,

varuleverantörer, eller tjänsteleverantörer, som avser tillhandahållande av sådana tjänster som anges i bilaga XVII i samma direktiv, vilka, såvitt är relevant i förevarande fall, omfattar tjänster avseende landtransport.

42. Enligt artikel 1.3 b i samma direktiv avses med "tjänstekoncession" ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av "endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning".

43. Skillnaden mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger huvudsakligen i ersättningen för tjänsternas utförande (dom av den 10 mars 2011 i mål C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, REU 2011, s. I-1335, punkt 24).

44. I direktivet anges inte av vad ersättning för tjänsternas utförande enligt ett kontrakt kan bestå. I den mån det i direktivet handlar om en tjänstekoncession när det anges att denna ersättning består av rätten att utnyttja en tjänst, har domstolen bedömt att den grundläggande skillnaden mellan avtalstyperna vid en första anblick är den omständigheten att ersättningen för de utförda tjänsterna antingen betalas direkt av den upphandlande myndigheten eller tas ut från tredje man (domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkt 51). Denna skillnad leder emellertid i sista hand till villkoret om vem som bär den

risk som följer av osäkerheten i fråga om resultatet av ett avtalsförhållande som ska tillgodose parternas respektive intressen.

45. Ersättning för tjänsternas utföranden från tredje man har varit ett avgörande kriterium för att kvalificera avtalet som en tjänstekoncession, eftersom detta innebär att det kontrakterade företaget tar på sig risken för utnyttjandet av tjänsten. Såsom generaladvokaten Mazák har påpekat i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler¹⁴ har domstolen i vissa fall till och med ansett en indirekt ersättning tillräcklig i sig för att konstatera att kontraktet i fråga utgör en tjänstekoncession.¹⁵

46. Enligt min uppfattning är den verkligt avgörande omständigheten vem som bär risken. Detta följer av att den omständigheten att den upphandlande myndigheten direkt ersätter tjänsternas utförande inte nödvändigtvis eller i samtliga fall innebär att det är fråga om ett tjänstekontrakt. Skälet är att domstolen, såsom generaladvokaten Mazák även påpekade i det ovannämnda förslaget till avgörande (punkterna 28 och 29), har angett "kompletterande kriterier" med hjälp av vilka man kan dra slutsatsen att tjänsteleverantören, vid direkt ersättning, har tagit på sig den risk som är förenad med vederbörandes utnyttjande av tjänsten. Det är således sistnämnda kriterium

14 — Förslag till avgörande av den 9 september 2010, punkt 25, fotnot 14.

15 — Se, till exempel, dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 16, och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant (REG 2008, s. I-8457), punkt 24.

som i sista hand innebär att det ifrågavarande avtalet ska kvalificeras som en koncession.¹⁶

målen Contse m.fl., punkt 22, samt Hans & Christophorus Oymanns, punkt 74).

47. Eftersom risken är oupplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten (domen i det ovannämnda målet Eurawasser, punkt 66) har domstolen bedömt att den omständigheten att tjänsteleverantören tar på sig risken innebär att det avtal som ingås med den upphandlande enheten ska anses motsvara begreppet tjänstekoncession.

48. I enlighet med rättspraxis ska den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten förstås som en risk att utsättas för marknadens nycker (domarna i de ovannämnda målen Eurawasser, punkterna 66 och 67, samt Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punkt 37), som ”kan ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten” (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punkt 37, med citat från domarna i de ovannämnda

49. Risker som är förknippade med en bristfällig företagsledning eller med att den ekonomiska aktören gör felaktiga bedömningar kan däremot inte läggas till grund för bedömningen av huruvida ett kontrakt ska kvalificeras som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession, eftersom alla kontrakt i allmänhet omfattar den typen av risker (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, punkt 38). Risker som uteslutande är hänförliga till parametrar som enbart beror på den ifrågavarande ekonomiska aktören är således irrelevanta i detta avseende.

50. Den risk som tjänsteleverantören tar på sig måste slutligen inte vara ”väsentlig i absoluta termer” för att det ska vara fråga om en koncession, utan behöver bara utgöra ”en betydande del” av den risk som den upphandlande enheten skulle ha varit tvungen att bära om denna själv hade utfört samma tjänst.¹⁷

16 — Dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, Contse m.fl. (REG 2005, s. I-9315), av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-6657), och av den 11 juni 2009 i mål C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (REG 2009, s. I-4779). Bland dessa kriterier finns det avseende delegering av ansvaret för skador orsakade av brister i tjänstens utförande eller förekomsten av ett visst ekonomiskt handlingsutrymme för att definiera villkoren för tjänsternas utnyttjande.

17 — Parentetisk anmärkning: Enligt min bedömning framkommer härvid betydelsen av den omständigheten att ersättningen för en tjänstekoncession, i enlighet med artikel 1.3 b i försörjningsdirektivet, kan bestå antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av ”dels en sådan rätt, dels betalning”. Kombinationen av dessa två komponenter i ersättningen för en tjänst som rättsligt sett endast kan vara ett kontrakt eller en koncession medför att frågan avseende deras respektive betydelse uppkommer. Vid denna avvägning kan det, enligt min uppfattning, inte finnas något annat kriterium än den risknivå som tjänsteleverantören slutligen tar på sig. Vid bedömningen ska även iakttas i vilken utsträckning den betalning som utges vid sidan av rätten till utnyttjandet av tjänsten medför en väsentlig minskning av den risk som är förenad med verksamheten.

51. Domstolen har nämligen framfört att ifall då de offentligrättsliga villkoren för det ekonomiska och finansiellt utnyttjandet av tjänsten begränsar de ekonomiska riskerna till ett minimum, måste det fortfarande vara tillåtet för upphandlande myndigheter att säkerställa tjänstens utförande genom en koncession om de anser att det är det bästa sättet att säkra den allmännyttiga tjänsten. Det vore enligt domstolen inte rimligt att kräva att det genom den tillämpliga lagstiftningen inrättas villkor för ekonomisk risk som är hårdare än dem som gäller inom den berörda sektorn enbart i syfte att förfoga över en tillräckligt hög risk som kan överföras för att rättsligt sett kunna kvalificera det offentligrättsliga avtalet som en tjänstekoncession (domen i det ovan nämnda målet Eurawasser, punkterna 72–76). Den avgörande omständigheten är i stället att en betydande del av den risk som är förenad med tjänstens utnyttjande överförs, oavsett vad denna risk i sig verkligen består i.

52. Det är mot denna bakgrund som Lettlands högsta domstol har ställt sin första fråga avseende ett avtal för vilket ”ersättning- en till viss del består i att utnyttja de aktuella tjänsterna” samtidigt som den upphandlande enheten ”ska ersätta tjänsteleverantören för förluster som uppkommer i samband med utnyttjandet” och det ”följer av de offentligrättsliga bestämmelser som reglerar tillhandahållande av de aktuella tjänsterna och av avtalsbestämmelserna att verksamhetsrisken begränsas”.

53. Såsom den hänskjutande domstolen har anfört erhåller tjänsteleverantören ersättning

för sitt utförande genom betalning från tredje man, det vill säga de som nyttjar kollektivtrafiken. Ur denna synvinkel skulle det således röra sig om ett typiskt avtal om tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.2 a och d i försörjningsdirektivet.

54. Den risk som är förenad med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten begränsas emellertid av den nationella lagstiftning varigenom tjänstens utförande regleras, i detta fall lagen om kollektivtrafiktjänster. Det rör sig således inte om en sådan risk som normalt är förenad med utförandet av en tjänst på en helt fri marknad. Den upphandlande myndigheten ersätter vidare tjänsteleverantören för vissa bestämda förluster inom gränserna för den risk som följer av de offentligrättsliga villkoren för det ekonomiska och finansiella utnyttjandet av tjänsten.

55. Såsom påpekats är den relevanta risken den som följer av villkoren för tjänstens utförande (punkterna 51 och 52). Den omständighet som är av betydelse är att det kontrakterade företaget tar på sig en betydande del av denna konkreta risk eftersom det, såsom har påpekats i punkt 17, är kriteriet avseende vem som tar på sig risken som i sista hand, efter ersättningskriteriet, avgör huruvida avtalet ska kvalificeras som ett tjänstekontrakt eller som en tjänstekoncession.

56. Den hänskjutande domstolen har härvid påpekat att risken vid utnyttjandet av tjänsten i det aktuella fallet inte bärs av det kontrakterade företaget. Detta företag tar i själva verket

inte ens på sig en väsentlig del av denna risk (punkt 13 i beslutet om hänskjutande).

57. Av tillämpliga bestämmelser jämförda med avtalets innehåll framgår nämligen att det kontrakterade företaget garanteras ersättning för följande kostnader i samband med tjänstens utförande: a) oundvikliga kostnader för att fullgöra kollektivtrafiksavtalet vilka överstiger intäkterna, b) kostnader som uppkommit till följd av tillämpningen av de taxor som uppdragsgivaren fastställt, c) intäktsbortfall till följd av att uppdragsgivaren tillämpar reducerat pris på transporter för vissa passagerarkategorier och d) kostnader för att uppfylla minimikvalitetskrav som uppställs när tillhandahållandet av kollektivtrafiktjänster redan har påbörjats, om dessa krav medför kostnader som överstiger kostnaderna i samband med uppfyllandet av de tidigare fastställda kvalitetskraven.

58. Ersättningen för uppkomna förluster ska vidare läggas ihop med vinsten, som bestäms genom att multiplicera intäkterna med en procentsats som utgörs av den genomsnittliga Euriborräntan under referensårets 12 månader, plus 2,5 procentenheter.

59. Således föreskrivs att ersättning ska utgå såväl för de förluster som uppkommer i samband med tjänsteutförandet i form av driftskostnader som för vinstbortfall.

60. Dessa uppgifter, som Lettlands högsta domstol har tillhandahållit, är i princip tillräckliga för att denna domstol ska kunna fastställa att det omtvistade avtalet i det nationella målet är ett tjänstekontrakt. Av tillämplig lagstiftning och de avtalsrättsliga bestämmelser varigenom det ifrågavarande avtalets beskaffenhet och innehåll regleras framkommer nämligen enligt min uppfattning klart ett tillräckligt tydligt underlag för att det ska kunna slås fast att avtalet har samtliga egenskaper som krävs för att det ska anses utgöra ett tjänstekontrakt.

61. Både Lettlands regering och Latgales plānošanas reģions har likväl anfört ett antal argument till stöd för att den upphandlande myndigheten inte tar på sig risken och, därmed, till stöd för att det inte rör sig om ett tjänstekontrakt. Dessa argument avser i huvudsak den höga efterfrågerisken, de minskade statliga budgetposterna för att täcka eventuella förluster, icke ersättningsberättigade investeringskostnader, förlängning eller förkortning av kollektivtrafiklinjer och sträckningar, med mera.

62. Det ska emellertid erinras om att det inte ankommer på domstolen att pröva de omständigheter som Lettlands regering och Latgales plānošanas reģions har åberopat under förhandlingen, och än mindre ingripa i diskussionen avseende beskaffenheten och räckvidden av de påstådda skillnaderna mellan de avtalsbestämmelser som diskuterats under upphandlingsförfarandet och de som verkligen blev gällande till följd av en mindre förmånlig konjunktur.

63. Eftersom det slutligen, såsom påpekats i punkt 40, ankommer på den hänskjutande domstolen att kvalificera avtalet ska det emellertid klargöras att det är Lettlands högsta domstol som ska avgöra i vilken utsträckning de omständigheter som Lettlands regering och Latgales plānošanas reģions har åberopat kan vederlägga den slutsats som naturligt sett följer av ordalydelsen av tillämplig lagstiftning och avtalsklausulerna. Detta gäller särskilt med hänsyn till att Lettlands högsta domstol med avseende på den första tolkningsfrågan klargjorde dels att den upphandlande myndigheten ersätter tjänsteleverantören för förluster som har uppkommit till följd av tjänstens utförande, dels att den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten "begränsas" genom nationell lagstiftning och avtalsbestämmelserna. Det ankommer utslutande på den hänskjutande domstolen, som är den enda som fullt ut kan bedöma omständigheterna och uppgifterna i det nationella målet, att avgöra huruvida dessa omständigheter leder till att den ena eller den andra parten ska anses ta på sig den risk som är relevant för kvalificeringen av det ifrågavarande avtalet.

64. Sammanfattningsvis kan följande konstateras. Även om det ankommer på den nationella domstolen att kvalificera avtalet och Europeiska unionens domstol endast ska tillhandahålla en tolkning av unionsrätten som kan vara användbar för detta syfte, framgår det av den tillämpliga lagstiftningen och avtalsbestämmelserna att det ifrågavarande avtalet har egenskaper som ett tjänstekontrakt. Trots detta är det den nationella domstolen som, på grund av sin behörighet, med hänsyn till de konkreta omständigheter som har åberopats i det nationella målet ska ta ställning

till om denna slutsats mot bakgrund av unionsrätten eventuellt ändå inte är den lämpligaste eller mest passande lösningen.

B – Den andra frågan: Huruvida direktiv 1992/13, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, har direkt effekt

65. För det fall det ifrågavarande avtalet antas vara ett tjänstekontrakt omfattas detta av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för direktiv 1992/13. Frågan blir då huruvida artikel 2d.1 b i detta direktiv, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, var direkt tillämplig i Lettland från och med den 20 december 2009, då fristen för att införliva detta sistnämnda direktiv löpte ut, och i så fall huruvida denna bestämmelse, enligt artikel 2f.1 b i samma direktiv, även var tillämplig på avtal som ingicks innan införlivandefristen hade löpt ut.

66. Dessa två frågeställningar motsvarar den andra och den tredje tolkningsfrågan som Lettlands högsta domstol har ställt. Enligt min bedömning och i motsats till det resonemang som Österrikes regering har framfört,

kan den tredje frågan endast besvaras efter det att den andra frågan har avgjorts. Om artikel 2f.1 b i direktiv 1992/13 innebär att artikel 2d.1 b får tillämpas retroaktivt är det nämligen nödvändigt att först pröva huruvida denna sistnämnda bestämmelse var tillämplig från och med den 21 december 2009. Först när frågan huruvida direktiv 1992/13 var direkt tillämpligt från och med detta datum har avgjorts kan det prövas om även den bestämmelse som har påståtts medföra en viss retroaktiv verkan för artikel 2d.1 b i detta direktiv var direkt tillämplig.

67. Det är i målet ostridigt att Republiken Lettland inte satte i kraft ”de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa ... direktiv [2007/66/EG] senast den 20 december 2009” såsom stadgas i artikel 3.1 i samma direktiv. Införlivandet av detta direktiv med nationell rätt skedde först den 15 juni 2010 varför den första fråga som måste besvaras är huruvida artikel 2d.1 b i direktivet var direkt tillämplig i Republiken Lettland under perioden från den 21 december 2009 till den 14 juni 2010 trots att direktivet inte hade införlivats. I denna bestämmelse föreskrivs att medlemsstaterna, när den suspensiva verkan av talan mot beslut att tilldela kontrakt vid anbudsförfaranden inte har iakttagits, är skyldiga att säkerställa att ”ett prövningsorgan som är oberoende av

den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltighet beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan”.

68. Den omständigheten att fristen för att införliva ett direktiv har löpt ut eller att det har införlivats på ett felaktigt sätt är endast en av de förutsättningar som krävs enligt rättspraxis för att ett icke-införlivat direktiv ska anses ha direkt effekt (dom av den 6 maj 1980 i mål 102/79, kommissionen mot Belgien, REG 1980, s. 1473, punkt 12; svensk specialutgåva s. 187). Till denna förutsättning tillkommer villkoren att direktivet ska medföra subjektiva rättigheter som enskilda kan göra gällande vid domstol (dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Ursula Becker, REG 1982, s. 3301, punkt 25) samt att bestämmelserna i direktivet ska vara ovillkorliga och tillräckligt precisa (se, mer nyligen, dom av den 12 maj 2011 i mål C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein Westfalen eV, REU 2011, s. I-3673, punkt 54).¹⁸

69. Det första angivna villkoret är i förevarande fall onekligen uppfyllt och samma

18 — Vad beträffar doktrin, jämför K. Lenaerts och P. van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, tredje upplagan., London, 2011 (sidan 22-080 och följande sidor).

sak gäller det andra villkoret eftersom den skyldighet som enligt artikel 2d.1 b i direktiv 1992/13 åläggs medlemsstaterna nödvändigtvis innebär en rättighet för enskilda att få tillgång till en effektiv prövning av talan mot beslut att tilldela ett offentligt tjänste-kontrakt. Med hänsyn till att denna rättighet medför en skyldighet för medlemsstaterna att eftersträva ”effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling”, i enlighet med vad som anges i skäl 34 i direktiv 2007/66, är det tydligt att det rör sig om en garanti för medborgarnas rätt till ett effektivt domstols-skydd vad avser offentlig upphandling.

effektivt. Detta föranleder en prövning av i vilken utsträckning lagstiftning föreligger.¹⁹

70. Detta nära samband mellan artikel 2d.1 b i direktiv 1992/13 och rätten till ett effektivt domstolsskydd leder till frågan huruvida, såsom det föreslogs under den muntliga för-handlingen och eftersom det som står på spel är den effektiva verkan av en rättighet som kan göras gällande gentemot medlemssta-terna med stöd av den primära unionsrätten, parterna i det nationella målet i själva verket borde ha fått möjligheten att väcka talan un-der alla omständigheter, således även obero-ende av själva direktivet och självfallet även oberoende av nationella införlivandebestäm-melser. Jag anser principiellt att det borde vara på det viset, även om den omständighe-ten att rätten att föra talan är en sådan typisk rätt som förutsätter ett aktivt handlande från statens sida innebär att lagstiftning måste antas för att rättigheten ska kunna utövas

71. Vad beträffar det tredje villkoret för att ett direktiv som inte har införlivats inom fristen ska anses ha direkt effekt, nämligen att bestämmelserna i artikel 2d.1 b i direk-tiv 2007/66 är ovillkorliga och tillräckligt precisa, delar jag kommissionens uppfattning att denna artikel i huvudsak överensstämmer med bestämmelserna i artikel 2.1 b i direktiv 89/665/EEG,²⁰ vilka i dom av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner (REG 2005, s. I-4855, punkt 38), har bedömts vara ”ovill-korliga och tillräckligt precisa för att ligga till

- 19 — Utan att det blir nödvändigt att här beröra frågan huruvida det föreligger en rätt till ett effektivt rättsmedel, såsom en grundläggande beståndsdel av unionens regelverk i dess egenskap av rättslig gemenskap, vilken utgör en hörnsten i bygget av gemenskapens rättsordning, kan det emellertid inte förbises att direktiv 1992/13 i dess ursprungliga version redan säkerställer rätten att väcka talan mot upphandlande myndigheters beslut och att den befintliga rätten till domstolsprövning vid offentlig upphandling förbättrades genom direktiv 2007/66. Den omständigheten att denna förbättring följer av införandet av sanktioner i form av att avtalen under vissa omständigheter blir ogiltiga, vilket således går utöver blotta rätten att medges ersättning, utgör en annan fråga. Det ska härvid beaktas att ersättning för åsidosättande av en rättighet utgör en legitim form av domstolsskydd, om än ett ”sekundärt” sådant. Jämför i detta avseende Wilfried Erguth, ”Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht”, i *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, volym 61, Berlin, 2002, sidan 221 och följande sidor.
- 20 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48).

grund för en rättighet som den enskilde i förekommande fall kan åberopa”.

skett i kombination med en överträdelse av direktiv 2004/18. D) Om överträdelsen slutligen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet.

72. Genom artikel 2.1 b i direktiv 89/665 åläggs nämligen medlemsstaterna skyldigheten att införda bestämmelser om prövning av en upphandlande myndighets beslut vid offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten innefattar behörighet att antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut. Sådana beslut ska i enlighet med artikel 1.1 i samma direktiv kunna prövas effektivt och skyndsamt enligt de regler som uppställs i direktivet.

74. I direktiv 1992/13 förekommer emellertid i ett avseende en oklarhet, såsom Österrikes regering har påpekat, nämligen att det i direktiv 1992/13 inte anges vilket som är det ”prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten” och som ska pröva avtalets giltighet. I detta avseende föreligger således inte det minimiingripande från lagstiftaren som krävs (och vilket var det som jag syftade på i punkt 71 när jag påpekade att den omständigheten att rätten att föra talan förutsätter ett aktivt handlande från statens sida innebär att nationell lagstiftning erfordras).

73. Om dessa bestämmelser i direktiv 89/665 har ansetts vara ”ovillkorliga och tillräckligt precisa” kan bestämmelserna i artikel 2d.1 b i direktiv 1992/13 inte vara det i mindre utsträckning, med det undantag som nedan anges. Genom dessa bestämmelser fastställs nämligen med perfekt precision under vilka villkor ett oberoende prövningsorgan ska ogiltigförklara ett kontrakt, det vill säga, i den mån det härvid är relevant: A) När det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 i nämnda direktiv, enligt vilka vissa särskilda tidsfrister under vilka avtal inte får ingås ska iakttagas under upphandlingsförfarandet. B) Om överträdelsen vidare har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före ingåendet av avtalet. C) Om överträdelsen av dessa bestämmelser dessutom har

75. Enligt min bedömning innebär denna omständighet emellertid inte att det kan uteslutas att artikel 2d.1 b i direktiv 1992/13 blev direkt tillämplig i Republiken Lettland den 21 december 2009. Skyldigheten att tolka nationell rätt i överensstämmelse med unionsrätten i kombination med skyldigheten att effektivt skydda medborgarnas rättigheter medför nämligen, såsom Österrikes regering har anfört, att den hänskjutande domstolen, i enlighet med den bedömning som gjordes i dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft,

REG 1997, s. I-4961), ska kontrollera huruvida det enligt tillämplig nationell lagstiftning om domstolsbehörighet är möjligt att identifiera en domstol som är behörig att pröva sådan talan som avses i direktiv 1992/13. Detta kan vara fallet antingen om det finns en domstol på vilken det redan enligt nationell lagstiftning ankommer att pröva beslut vid offentlig upphandling eller om vissa mekanismer för tillerkännande av restkompetens kan bli verksamma.²¹

C – Den tredje frågan: Huruvida direktiv 1992/13 har retroaktiv verkan

76. Då det väl har fastställts att artikel 2d.1 b i direktiv 1992/13, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, kan vara tillämplig i Republiken Lettland från och med den tidpunkt då fristen för att införliva direktivet löpte ut, återstår att pröva huruvida den frist på sex månader från och med dagen efter det att avtalet ingicks enligt artikel 2f.1 b i samma direktiv, som utgör gräns för att lämna in en sådan ansökan om prövning som avses i bestämmelsen, är tillämplig i förevarande fall. Med andra ord ska det prövas huruvida den möjlighet att ansöka om prövning som föreskrivs genom

direktiv 1992/13 även omfattar avtal som ingicks under de sex månader som föregick den tidpunkt då direktivet började ha direkt effekt. I sådant fall är direktivet tillämpligt i förevarande fall eftersom det omtvistade avtalet ingicks den 9 oktober 2009.

77. Enligt min uppfattning skulle det i syfte att ge direktivet bästa möjliga verkan i princip kunna finnas anledning att förespråka att det kan tillämpas på samtliga avtal som ingåtts sex månader före den tidpunkt som fastställts som frist för dess införlivande. På så sätt skulle bland annat risken att avtal ingås förhastat för att undvika att de omfattas av direktivet undvikas och det skulle även hindra att en rättslig situation som missgynnar medborgarna vid utövandet av deras rätt till ett effektivt domstolsskydd konsolideras i tiden. Andemeningen i den praxis som domstolen fastställt i dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonia (REG 1997, s. I-7411), som Norma-A och Dekom har åberopat, pekar också mot samma slutsats. Av denna framgår att medlemsstaterna är skyldiga att, inom perioden fram till den tidpunkt som har föreskrivits för ett direktivs införlivande med nationell rätt, avhålla sig från att äventyra genomförandet av de syften som eftersträvas enligt direktivet.

21 — Det ska i detta avseende påpekas att såsom Norma-A och Dekom har gjort gällande (sidorna 6 och 7 i den franska versionen) förekom sedan den 1 februari 2004 i Republiken Lettland en förvaltningsrätt som enligt artikel 184 i förvaltningsprocesslagen hade behörighet att pröva talan om ogiltighetsförklaring av offentligrättsliga kontrakt.

78. Trots detta, och oberoende av att den risk för rättssäkerheten som varje retroaktiv rättstillämpning medför inte kan förbises, är en

sådan retroaktiv verkan omöjlig på grund av – förutom att det i direktivet inte finns någon uttrycklig hänvisning till retroaktiv verkan – direktivets struktur och innehåll.

de avtal som ingåtts innan direktivet trädde i kraft kunde således anpassas till de processuella villkor som uppställs i detta, i synnerhet villkoret avseende de frister vars överträdelse regleras i artikel 2d.1 b i direktivet.

79. Enligt direktiv 1992/13 kan ansökan om prövning således endast göras avseende de avtal som ingåtts i enlighet med de bestämmelser som fastställs genom detta direktiv, eftersom grunderna för ansökan om prövning måste avse de villkor som upphandlingsförfarandet enligt direktivet underställs. Inget av

80. Att retroaktivt medge en rätt att föra en talan vars enda grund är överträdelse av villkor som inte gällde vid den tidpunkt som är relevant för föremålet för talan skulle mot denna bakgrund vara meningslöst.

VII – Förslag till avgörande

81. Med beaktande av det ovanstående föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som Lettlands högsta domstol har ställt på följande sätt:

”1) Artikel 1.3 b i direktiv 2004/17/EG ska tolkas så, att ett offentligt kontrakt som innebär att det kontrakterade företaget som en del av ersättningen medges rätt att utnyttja kollektivtrafiktjänster, att den upphandlande myndigheten ersätter företaget för förluster som uppkommer till följd av tillhandahållandet av tjänsten och att den risk som är förenad med nyttjandet av tjänsten begränsas genom de offentlighetsrättsliga bestämmelser som reglerar tjänsteutförandet och genom avtalsbestämmelserna, i princip ska anses vara ett offentligt tjänstekontrakt enligt

nämnda direktiv. Det ankommer under alla förhållanden på den hänskjutande domstolen att avgöra i vilken utsträckning omständigheterna i målet föranleder en annan kvalificering mot bakgrund av unionsrätten.

- 2) Artikel 2d.1 b i direktiv 1992/13/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66/EG, kan vara direkt tillämplig i Republiken Lettland från och med den 21 december 2009, under förutsättning att det finns en domstol som är behörig att pröva sådan talan som avses i nämnda direktiv, vilket är en fråga som det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

- 3) Artikel 2d.1 b i direktiv 1992/13/EEG ska tolkas så, att den inte är tillämplig på offentliga kontrakt som ingicks innan fristen för att införliva direktiv 2007/66/EG med nationell rätt hade löpt ut.”