



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 28 juni 2016¹

Mål C-292/15

Hörmann Reisen GmbH
mot
Stadt Augsburg Landkreis Augsburg

(begäran om förhandsavgörande från Vergabekammer Südbayern (Tillsynsnämnden för offentlig upphandling i södra Bayern) (Tyskland))

”Offentlig upphandling — Kollektivtrafik med buss — Förordning (EG) nr 1370/2007 — Artikel 4.7 — Utläggande på entreprenad — Kravet att kollektivtrafikföretaget självt ska tillhandahålla en stor del av kollektivtrafiken — Innebörden av detta krav — Artikel 5.1 — Förfarande för tilldelning av avtal — Tilldelning av avtal om allmän trafik i enlighet med direktiv 2004/18/EG”

1. Direktiv 2004/18/EG² medger endast under ytterst begränsade omständigheter att den upphandlande myndigheten inskränker möjligheterna för den som tilldelas ett avtal att lägga ut verksamhet på entreprenad.³ Detta ligger väl i linje med att ett mål för unionslagstiftningen på området offentlig upphandling är att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar, så att de bidrar till att öppna dessa för konkurrens. I förordning (EG) nr 1370/2007,⁴ där det anges hur de behöriga myndigheterna får agera i syfte att garantera att kollektivtrafiktjänster av allmänt intresse tillhandahålls på ett effektivt sätt, har unionslagstiftaren däremot föreskrivit särskilda regler för utläggande på entreprenad. Enligt den förordningen får de behöriga myndigheterna, i syfte att se till att offentliga medel används på bästa sätt, besluta huruvida tjänster av det aktuella slaget får läggas ut på entreprenad. Om myndigheterna tillåter det utvalda företaget att lägga ut verksamhet på entreprenad, måste detta företag enligt förordningen ändå självt tillhandahålla ”en stor del” av kollektivtrafiken (nedan kallat kravet på eget tillhandahållande). I förevarande mål om förhandsavgörande ska EU-domstolen till att börja med pröva huruvida dessa särskilda regler är tillämpliga på ett avtal om tillhandahållande av kollektivtrafik med buss som enligt förordning nr 1370/2007 ska tilldelas i enlighet med direktiv 2004/18. Dessutom önskar den hänskjutande domstolen vägledning rörande innebörden av det krav på eget tillhandahållande som slås fast i den förordningen.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114). Den version av direktiv 2004/18 som är relevant för de faktiska omständigheterna i det nationella målet är dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1336/2013 av den 13 december 2013 (EUT L 335, 2013, s. 17). Direktiv 2004/18 har med verkan från och med den 18 april 2016 upphävts genom, och ersatts av, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

3 — Se, för en översikt över domstolens praxis och de underliggande principerna, mitt förslag till avgörande i målet Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, punkterna 29–43.

4 — Europaparlamentets och rådets förordning av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EUT L 315, 2007, s. 1). Förordning nr 1370/2007 ersatte rådets förordning (EEG) nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar (EGT L 156, 1969, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 64). Som bekräftas i skäl 6 i förordning nr 1370/2007, innehöll förordning nr 1191/69 inte någon bestämmelse om hur avtal om allmän trafik skulle tilldelas.

Tillämpliga bestämmelser

Direktiv 2004/18

2. Genom direktiv 2004/18 samordnas förfarandena vid offentlig upphandling över ett visst tröskelvärde.⁵ Syftet med detta direktiv är att se till att statens, regionala och lokala enheters och andra offentligrättsliga organs tilldelning av offentliga kontrakt ”omfattas av ... principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen”. Dessutom syftar direktivet till att ”garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens”.⁶ För att små och medelstora företag lättare ska kunna delta i offentlig upphandling, innehåller direktivet bestämmelser om underentreprenad.⁷

3. I artikel 1.2 a definieras ”offentliga kontrakt” som ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i [direktiv 2004/18]”. Med ”offentliga tjänstekontrakt” avses enligt artikel 1.2 d ”andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II”, vilket innefattar ”landtransport”.⁸ En ”tjänstekoncession” är enligt artikel 1.4 ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.

4. I artikel 25, vars rubrik lyder ”Underentreprenad”, stadgas i första stycket att ”[i] förfrågningsunderlaget får en upphandlande myndighet begära eller kan [den] åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.”

Förordning nr 1370/2007

5. Enligt skäl 9 i förordning nr 1370/2007 måste alla behöriga myndigheter i medlemsstaterna, för att kunna organisera kollektivtrafiken ”på det sätt som bäst motsvarar allmänhetens behov”, ”på de villkor som anges i ... förordning[en], fritt få välja vilket kollektivtrafikföretag som ska bedriva trafiken, med beaktande av små och medelstora företags intressen”. I samma skäl anges också att ”[n]är ersättning eller ensamrätt beviljas är det viktigt att i ett avtal om allmän trafik mellan den behöriga myndigheten och det utvalda kollektivtrafikföretaget fastställa arten av allmän trafikplikt och vilken ersättning som ska utgå, för att på så sätt sörja för tillämpning av principen om insyn, principen om lika behandling av konkurrerande företag och proportionalitetsprincipen”.

6. I skäl 19 framhålls bland annat att ”[u]tläggande på entreprenad kan bidra till en effektivare kollektivtrafik och gör att andra företag än det kollektivtrafikföretag som tilldelades avtalet om allmän trafik kan delta” men att ”[d]e behöriga myndigheterna ..., för att offentliga medel ska användas på bästa sätt, [bör] kunna fastställa villkoren för att lägga ut deras kollektivtrafiktjänster på entreprenad, särskilt när det gäller tjänster som utförs av ett internt företag”.

5 — Vid den aktuella tidpunkten var direktiv 2004/18 tillämpligt på offentliga tjänstekontrakt av det slag som är i fråga i det nationella målet vilkas värde exklusive mervärdesskatt beräknades uppgå till minst 207 000 euro (artikel 7 b första strecksatsen i direktiv 2004/18).

6 — Skäl 2.

7 — Skäl 32.

8 — Kategori 2 i bilaga II A.

7. I artikel 1.1 anges att syftet med förordning nr 1370/2007 är ”att fastställa hur de behöriga myndigheterna, i enlighet med [unionslagstiftningen], kan ingripa på området för kollektivtrafik för att se till att det tillhandahålls tjänster av allmänt intresse som bland annat är tätare, säkrare, av bättre kvalitet eller billigare än vad den fria marknaden skulle kunna erbjuda”. För det ändamålet fastställs det i förordningen ”på vilka villkor de behöriga myndigheterna, när de ålägger eller ingår avtal om allmän trafikplikt, [bör ge] kollektivtrafikföretagen ersättning för ådragna kostnader och/eller [bevilja] ensamrätt som motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt”.

8. Enligt artikel 1.2 är förordning nr 1370/2007 tillämplig på ”nationell och internationell kollektivtrafik på järnväg och andra spårburna transportsätt, och på väg, utom trafik som i första hand bedrivs på grund av sitt historiska intresse eller sitt turistvärde”.

9. Artikel 2 innehåller följande definitioner:

”a) *kollektivtrafik*: persontransporttjänster av allmänt ekonomiskt intresse som erbjuds allmänheten fortlöpande och utan diskriminering.

b) *behörig myndighet*: en eller flera medlemsstaters offentliga organ, eller grupp av offentliga organ, med befogenhet att ingripa på kollektivtrafikmarknaden inom ett givet geografiskt område, eller ett organ som tillerkänts sådan behörighet.

...

i) *avtal om allmän trafik*: ett eller flera dokument som är rättsligt bindande och som bekräftar att en behörig myndighet och ett kollektivtrafikföretag har enats om att låta detta kollektivtrafikföretag sköta och tillhandahålla kollektivtrafik som omfattas av allmän trafikplikt. ...”

10. I artikel 3.1 föreskrivs att när en behörig myndighet beslutar att ett företag som myndigheten själv har valt ska beviljas ensamrätt och/eller någon typ av ersättning som motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt, ska detta ske inom ramen för ett avtal om allmän trafik.

11. I artikel 4, vars rubrik lyder ”Obligatoriskt innehåll i avtal om allmän trafik och i allmänna bestämmelser”, stadgas bland annat följande:

”1. I avtal om allmän trafik ... ska...

b) i förväg och på ett objektiva och öppet sätt fastställas

i) de parametrar som ska användas för att beräkna den eventuella ersättningen och

ii) den eventuella ensamrättens art och omfattning

på ett sätt som förhindrar alltför höga ersättningar ...

...

7. I anbudshandlingar och avtal om allmän trafik ska det klart och tydligt anges huruvida och i vilken omfattning utläggande på entreprenad får övervägas. Vid utläggande på entreprenad ska det företag som svarar för förvaltning och tillhandahållande av kollektivtrafik enligt denna förordning vara skyldigt att självt tillhandahålla en stor del av kollektivtrafiken. Enligt avtal om allmän trafik som på samma gång täcker planering, byggnation och drift av kollektivtrafiktjänster får driften av dessa tjänster fullständigt läggas ut på entreprenad. I avtalet om allmän trafik ska villkoren för utläggande på entreprenad fastställas, i enlighet med nationell lagstiftning och [unionslagstiftning].”

12. I artikel 5.1, vars rubrik lyder ”Tilldelning av avtal om allmän trafik”, föreskrivs bland annat följande:

”Avtal om allmän trafik ska tilldelas i enlighet med de bestämmelser som fastställs i denna förordning. Tjänsteavtal eller avtal om allmän trafik enligt definitionen i direktiven 2004/17/EG eller 2004/18/EG avseende kollektivtrafik med buss eller spårvagn ska emellertid tilldelas i enlighet med de förfaranden som fastställs i dessa direktiv när dessa avtal inte tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster enligt definitionen i dessa direktiv. När avtal ska tilldelas i enlighet med direktiv 2004/17/EG eller 2004/18/EG ska bestämmelserna i punkterna 2–6 i denna artikel inte tillämpas.”

13. Artikel 5.2–6 innehåller regler för tilldelning av avtal om allmän trafik som utgör undantag från unionslagstiftningen på området offentlig upphandling. De behöriga myndigheterna får bland annat, ”[o]m det inte är förbjudet enligt nationell lagstiftning[,] ... fatta beslut om direkttilldelning av avtal om allmän trafik när antingen det årliga genomsnittsvärdet av avtalen uppskattas till mindre än 1 000 000 [euro] eller när avtalen gäller kollektivtrafik på mindre än 300 000 km om året”.⁹

14. I artikel 8.2 föreskrivs en övergångsperiod för genomförandet av artikel 5. Tilldelning av avtal om allmän trafik på järnväg och väg ska ske i enlighet med artikel 5 från och med den 3 december 2019. För att allvarliga strukturella problem ska kunna undvikas, ska medlemsstaterna emellertid under en övergångsperiod successivt börja tillämpa artikel 5.¹⁰ Detta övergångskrav specificeras närmare i artikel 8.2 andra stycket, 8.3 och 8.4 i förordningen. Det följer emellertid av den sista meningen i artikel 8.1 att artikel 8.2–4 inte ska tillämpas på sådana avtal om allmän trafik avseende kollektivtrafik med buss som avses i artikel 5.1.

Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågor

15. Den 7 mars 2015 offentliggjorde Stadt Augsburg (staden Augsburg) och Landkreis Augsburg (förvaltningsmyndigheten för distriktet kring staden Augsburg) (nedan tillsammans kallade de upphandlande myndigheterna) ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* där de begärde in anbud på tillhandahållande av kollektivtrafik med buss (”Lech Nord-linjerna”).¹¹ Enligt meddelandet om upphandling fick anbudsgivarna lägga ut upp till 30 procent av trafiken (mätt i tidtabellskilometer) på entreprenad.

16. Hörmann Reisen GmbH är ett litet eller medelstort företag hemmahörande i Tyskland som bedriver verksamhet inom kollektivtrafik. För att kunna delta med framgång i den aktuella upphandlingen, skulle Hörmann Reisen ha behövt lägga ut mer verksamhet på entreprenad än vad som var tillåtet enligt meddelandet om upphandling.

17. Därför bestred Hörmann Reisen underentreprenadsbegränsningen vid Vergabekammer Südbayern (Tillsynsnämnden för offentlig upphandling i södra Bayern) (Tyskland). Hörmann Reisen hävdade därvid att artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007 innebär att den förordningen inte är tillämplig i det nationella målet och att underentreprenadsbegränsningen är oförenlig med direktiv 2004/18. De upphandlande myndigheterna gjorde gällande att förordning nr 1370/2007 visst är tillämplig i det nationella målet och att de med stöd av artikel 4.7 i den förordningen hade rätt att begränsa underentreprenadsmöjligheterna på det sätt som de gjorde. Det krav på eget tillhandahållande om minst 70 procent som de ställde kan enligt deras uppfattning anses innebära att det utvalda företaget åläggs att tillhandahålla ”en stor del” av den aktuella kollektivtrafiken.

9 — Artikel 5.4.

10 — Artikel 8.2 första stycket.

11 — EUT 2015/S 47-81632.

18. Vergabekammer Südbayern (Tillsynsnämnden för offentlig upphandling i södra Bayern) beslutade, med tanke på att utgången av det mål som ska prövas beror på vilka unionsrättsliga regler som är tillämpliga på det aktuella upphandlingsförfarandet, att vilandeförklara målet och begära förhandsavgörande med avseende på följande tolkningsfrågor:

- a) Är det vid ett upphandlingsförfarande som regleras av artikel 5.1 i [förordning nr 1370/2007] i förening med [direktiv 2004/18] eller direktiv 2014/24/EU i princip endast bestämmelserna i de direktiven som är tillämpliga, varför eventuella bestämmelser i [förordning nr 1370/2007] som avviker från dessa direktiv inte ska tillämpas?
- b) Ska frågan huruvida underentreprenad är tillåten i samband med [ett sådant] upphandlingsförfarande ... därför bedömas uteslutande utifrån de regler som domstolen har utarbetat såvitt avser [direktiv 2004/18] och utifrån bestämmelserna i artikel 63.2 i [direktiv 2014/24], eller får en upphandlande myndighet med avvikelse från ovanstående föreskriva en procentandel för eget tillhandahållande (mätt i tidtabellskilometer) i enlighet med artikel 4.7 i [förordning nr 1370/2007]?
- c) För den händelse att artikel 4.7 ... är tillämplig på upphandlingsförfaranden som regleras av artikel 5.1 i [förordning nr 1370/2007] i förening med [direktiv 2004/18] eller [direktiv 2014/24], står det då den upphandlande myndigheten fritt att efter eget skön, med beaktande av skäl 19 i [den] förordning[en] ..., bestämma procentandelen för eget tillhandahållande, så att ett villkor om en sådan procentandel på 70 procent, mätt i tidtabellskilometer, kan anses vara motiverat?"

19. Hörmann Reisen, de upphandlande myndigheterna och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Ingen part har begärt muntlig förhandling och någon sådan har heller inte hållits.

Bedömning

Inledande synpunkter

20. Vergabekammer Südbayern (Tillsynsnämnden för offentlig upphandling i södra Bayern) är en "domstol" i den mening som avses i artikel 267 FEUF och har därför rätt att hänskjuta frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande.¹²

21. De upphandlande myndigheterna och kommissionen har i sina skriftliga inlagor hänvisat både till direktiv 2004/18 och till direktiv 2004/17/EG.¹³ Direktiv 2004/17, som brukar kallas sektorsdirektivet,¹⁴ skulle vara tillämpligt på en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet endast om de upphandlande myndigheterna själva tillhandahöll transporttjänster i den mening som avses i artikel 5 i det direktivet.¹⁵ Domstolen har inte tillgång till tillräckliga uppgifter för att

12 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 september 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punkterna 20–23.

13 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 2004, s. 1).

14 — Se, exempelvis, dom av den 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 26.

15 — Det vill säga "tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägstransporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana" (artikel 5.1 i direktiv 2004/17).

kunna avgöra huruvida det villkoret är uppfyllt eller, för den händelse att det är uppfyllt, huruvida omständigheterna är sådana att artikel 5.2 i direktiv 2004/17 medför att det direktivet ändå inte är tillämpligt.¹⁶ Dessutom nämns direktiv 2004/17 inte i tolkningsfrågorna. I det följande kommer jag därför inte att beakta det direktivet.

22. Vidare har den hänskjutande domstolen bett EU-domstolen om vägledning rörande artiklarna 4.7 och 5.1 i förordning nr 1370/2007 i förening med antingen direktiv 2004/18 eller direktiv 2014/24. Enligt fast rättspraxis är det tillämpliga direktivet i princip det som är i kraft vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas för tilldelning av ett offentligt kontrakt och slutgiltigt avgör huruvida det därvid behövs en föregående uppmaning till anbudsgivning. Ett direktiv vars införlivandefrist vid den tidpunkten ännu inte har löpt ut är däremot inte tillämpligt.¹⁷ Domstolen har i linje med detta på senare tid funnit att om direktiv 2014/24 tillämpades innan dess införlivandefrist hade löpt ut, skulle detta medföra att varken medlemsstaterna eller de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörerna fick tillräcklig tid på sig för att anpassa sig till de nya bestämmelser som införs genom det direktivet.¹⁸ Detta är särskilt relevant när det gäller underentreprenad, eftersom artikel 63.2 i direktiv 2014/24 därvidlag innebär avsevärda förändringar jämfört med artikel 25 i direktiv 2004/18.¹⁹ Det meddelande om upphandling som är i fråga i det nationella målet offentliggjordes den 7 mars 2015, det vill säga mer än ett år före sista datum för införlivande av direktiv 2014/24. Därför är direktiv 2014/24 av tidsmässiga skäl inte tillämpligt i det nationella målet, och jag kommer således att pröva den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor enbart mot bakgrund av förordning nr 1370/2007 och direktiv 2004/18.

23. Avslutningsvis har den hänskjutande domstolen inte lämnat några upplysningar om värdet av det aktuella avtalet om allmän trafik. I det meddelande om upphandling som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* angavs emellertid att avtalet var tänkt att omfatta kollektivtrafik med buss till en omfattning av omkring 639 000 kilometer.²⁰ Enligt min bedömning har kommissionen därmed troligtvis fog för sin slutsats att avtalets värde överstiger den tröskelnivå där direktiv 2004/18 blir tillämpligt,²¹ men det ankommer på den hänskjutande domstolen att slutgiltigt slå fast huruvida så är fallet.

24. Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida sådan kollektivtrafik med buss som avses i det aktuella avtalet om allmän trafik omfattas av de särskilda reglerna för underentreprenad i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007, trots att det avtalet ska tilldelas i enlighet med direktiv 2004/18. Jag kommer därför att pröva dessa båda frågor tillsammans. Den tredje tolkningsfrågan är däremot fristående i så måtto att den rör innebörden av det krav på eget tillhandahållande som föreskrivs i den andra meningen i artikel 4.7, varför jag kommer att pröva den frågan för sig.

16 — Av artikel 5.2 i direktiv 2004/17 jämförd med artikel 2.4 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, 1993, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177) framgår att tillhandahållande av busstransport i form av allmänna kommunikationer är undantaget från tillämpningsområdet för direktiv 2004/17 när andra företag fritt kan erbjuda samma tjänster, antingen rent generellt eller i ett visst geografiskt område, på samma villkor som de upphandlande enheterna.

17 — Se, senast, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 83 och där angiven rättspraxis.

18 — Dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 86.

19 — Enligt artikel 63.2 i direktiv 2014/24 får upphandlande myndigheter kräva att ”vissa kritiska uppgifter” ska utföras direkt av anbudsgivaren eller, om anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer, av en deltagare i gruppen. Till skillnad från artikel 25 i direktiv 2004/18 tillåter denna bestämmelse således uttryckligen begränsningar i möjligheterna att lägga ut verksamhet på entreprenad. Se mitt förslag till avgörande i målet Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, punkt 39.

20 — Punkt II.2.1. I meddelandet om upphandling hänvisades också till eventuell tilldelning av ett avtal om allmän trafik med en omfattning av omkring 834 500 kilometer.

21 — Se fotnot 5 i detta förslag till avgörande.

Den första och den andra tolkningsfrågan: Omfattas ett avtal om kollektivtrafik med buss eller spårvagn av de särskilda reglerna för underentreprenad i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007?

25. Det är ostridigt att det avtal som är i fråga i det nationella målet rör kollektivtrafik på väg i den mening som avses i artikel 1.2 i förordning nr 1370/2007 och att det rör kollektivtrafik med buss i den mening som avses i artikel 5.1 i samma förordning.

26. I artikel 5.1 hänvisas till de tilldelningsförfaranden som fastställs i direktiven om offentlig upphandling, men det anges ett undantag för tjänstekoncessioner såsom dessa definieras i de direktiven.²² EU-domstolen har i andra sammanhang funnit att det följer av dessa definitioner att ett *tjänstekontrakt* innefattar ett vederlag som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören, medan vederlaget för tillhandahållandet av tjänsterna i samband med en *tjänstekoncession* består i rätten att bedriva verksamheten (eventuellt i kombination med betalning).²³ I det aktuella fallet angavs det i det meddelande om upphandling som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* att den som tilldelades avtalet skulle erhålla månadsvis betalning från de upphandlande myndigheterna.²⁴ Jag anser därför att EU-domstolen i sin bedömning ska utgå från att det aktuella avtalet inte är en tjänstekoncession i den mening som avses i direktiv 2004/18 – även om det ankommer på den hänskjutande domstolen att slutgiltigt avgöra huruvida så är fallet.

27. Följaktligen ska det aktuella avtalet enligt artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007 tilldelas i enlighet med direktiv 2004/18 och inte i enlighet med de särskilda tilldelningsreglerna i artikel 5.2–6 i den förordningen eller i enlighet med övergångsreglerna i artikel 8.2–4 i samma förordning.²⁵

28. Innebär detta att de särskilda reglerna för underentreprenad i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007 inte är tillämpliga på det avtalet?

29. För att den frågan ska kunna besvaras är det nödvändigt att se närmare på artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007. Vid tolkningen av en unionsbestämmelse ska enligt fast rättspraxis inte endast lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i.²⁶

30. När det till att börja med gäller lydelsen av artikel 5.1, anges det i den första meningen att avtal om kollektivtrafik ska tilldelas ”i enlighet med de bestämmelser som fastställs i [förordning nr 1370/2007]”.

31. I den andra meningen anges ett undantag från regeln enligt den första meningen. Detta undantag rör avtal om kollektivtrafik med buss eller spårvagn som inte utgör tjänstekoncessioner. I den tredje meningen preciseras sedan det undantagets innebörd: när ett avtal ska tilldelas i enlighet med direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, ”ska bestämmelserna i punkterna 2–6 i [artikel 5] inte tillämpas”. Undantaget i den andra meningen i artikel 5.1 rör således uteslutande de särskilda regler för avtalstilldelningsförfaranden som anges i de punkterna. Den tredje meningen skulle vara överflödigt om lagstiftarens avsikt hade varit att avtal om kollektivtrafik med buss eller spårvagn som inte utgör tjänstekoncessioner även skulle undantas från tillämpningsområdet för de *övriga* bestämmelserna i förordning nr 1370/2007, inbegripet reglerna för underentreprenad i artikel 4.7. I en situation som den i det nationella målet utgör artikel 4.7 således *lex specialis* i förhållande till de regler för underentreprenad som är tillämpliga enligt direktiv 2004/18

22 — Se artikel 1.4 i direktiv 2004/18. Artikel 1.3 b i direktiv 2004/17 innehåller en jämförbar definition.

23 — Se, bland annat, dom av den 10 november 2011, Norma-A och Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, punkt 41.

24 — Punkt III.1.2 i meddelandet om upphandling.

25 — Sista meningen i artikel 8.1 i förordning nr 1370/2007; se punkt 14 i detta förslag till avgörande.

26 — Se, bland annat, dom av den 17 november 1983, Merck, 292/82, EU:C:1983:335, punkt 12, och dom av den 17 mars 2016, Liffers, C-99/15, EU:C:2016:173, punkt 14 och där angiven rättspraxis.

32. I motsats till vad Hörmann Reisen har gjort gällande, är denna tolkning inte oförenlig med uttrycket ”det företag som svarar för förvaltning och tillhandahållande av kollektivtrafik *enligt [förordning nr 1370/2007]*” i artikel 4.7.²⁷ Syftet med artikel 5.1 är inte att ange ett allmänt undantag från bestämmelserna i den förordningen för kollektivtrafik med buss eller spårvagn, utan att slå fast ett mycket mer begränsat undantag. Följaktligen är det – med förbehåll endast för detta begränsade undantag – förordning nr 1370/2007 som reglerar hur kollektivtrafikföretag ges ansvar för sådan kollektivtrafik.²⁸

33. Sammanhanget för artikel 5.1 ger ytterligare stöd åt denna tolkning. Undantaget för kollektivtrafik med buss eller spårvagn återfinns i en bestämmelse som reglerar ”[t]illdelning av avtal om allmän trafik”. Det görs således tydlig åtskillnad i förordning nr 1370/2007 mellan den frågan och exempelvis frågan om ”[o]bligatorioiskt innehåll i avtal om allmän trafik och i allmänna bestämmelser”, som regleras i artikel 4.

34. Min slutsats är dessutom förenlig med tillämpningsområdet för förordning nr 1370/2007 såsom detta anges i artikel 1.2. Där stadgas bland annat att förordningen ”är tillämplig på nationell och internationell kollektivtrafik ... på väg ...”. Tillsammans med den tredje meningen i artikel 5.1 bekräftar den lydelsen uppenbart att lagstiftarens avsikt inte har varit att ange ett allmänt undantag från bestämmelserna i förordning nr 1370/2007 för avtal om kollektivtrafik med buss eller spårvagn som inte utgör tjänstekoncessioner.

35. Avslutningsvis bidrar den aktuella tolkningen också till förverkligandet av förordningens mål att de behöriga myndigheterna ska kunna tillhandahålla tjänster av allmänt intresse – exempelvis den kollektivtrafik med buss som är i fråga i det nationella målet – som är tätare, säkrare, av bättre kvalitet eller billigare än vad den fria marknaden skulle kunna erbjuda.²⁹

36. Om det målet ska kunna uppnås, måste de behöriga myndigheterna nämligen – som framgår av skäl 9 i förordning nr 1370/2007 – inom de ramar som anges i den förordningen fritt få välja vilket kollektivtrafikföretag som ska bedriva trafiken och därvid beakta små och medelstora företags intressen. Unionslagstiftaren har förvisso framhållit att utläggande på entreprenad kan bidra till att göra kollektivtrafiken effektivare men har också påpekat att det, för att se till att offentliga medel används på bästa sätt, är lämpligt att de behöriga myndigheterna kan ”fastställa villkoren för att lägga ut deras kollektivtrafiktjänster på entreprenad”. Artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007 ger därför de behöriga myndigheterna utrymme för skönsmässig bedömning av huruvida utläggande på entreprenad i varje enskilt fall kan bidra till att kollektivtrafik av allmänt intresse tillhandahålls på effektivaste möjliga sätt.³⁰

37. Jag kan inte se något i förordningen som tyder på att det varit unionslagstiftarens avsikt att de behöriga myndigheterna inte skulle ha samma utrymme för skönsmässig bedömning när de ingår avtal om tillhandahållande av kollektivtrafik med buss som inte utgör tjänstekoncessioner.

38. Följaktligen drar jag slutsatsen att artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007 ska tolkas så, att ett sådant avtal om allmän trafik avseende kollektivtrafik med buss som det som är i fråga i det nationella målet – ett avtal som dels inte utgör en tjänstekoncession såsom denna definieras i direktiv 2004/18, dels ska tilldelas i enlighet med det direktivet – regleras av förordning nr 1370/2007 med undantag av de regler för tilldelning av avtal om allmän trafik som anges i artikel 5.2–6 i den förordningen. Ett sådant avtal omfattas således av de särskilda regler för underentreprenad som anges i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007.

27 — Min kursivering.

28 — Artikel 1.2.

29 — Artikel 1.1 första stycket.

30 — Den andra meningen i artikel 4.7 begränsar emellertid detta utrymme för skönsmässig bedömning genom ett krav på att det utvalda företaget självt ska tillhandahålla ”en stor del” av kollektivtrafiken. Se punkterna 39–47 i detta förslag till avgörande.

Den tredje tolkningsfrågan: Vad är innebörden av det krav på eget tillhandahållande som anges i den andra meningen i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007?

39. I artikel 4.7 anges tre allmänna krav som rör underentreprenad. För det första ska de behöriga myndigheterna ”klart och tydligt” ange huruvida – och i så fall i vilken omfattning – utläggande på entreprenad är tillåtet. För det andra ska ett företag som har tilldelats ett avtal och inom ramen för detta lägger ut verksamhet på entreprenad i alla händelser självt tillhandahålla ”en stor del” av den kollektivtrafik som det har tilldelats ansvar för i enlighet med förordning nr 1370/2007. Och för det tredje ska det i avtalet om allmän trafik fastställas vilka villkor som gäller för utläggande på entreprenad. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida det krav på eget tillhandahållande som anges i den andra meningen i artikel 4.7 utgör ett minimikrav och huruvida de behöriga myndigheterna därför har långtgående befogenheter att efter eget skön ytterligare begränsa möjligheterna att lägga ut verksamhet på entreprenad.

40. Uttrycket ”en stor del” är vagt och ger därför tvivelsutan de behöriga myndigheterna ett visst utrymme för skönmässig bedömning. Härvidlag skulle jag emellertid vilja framhålla att ett krav på att den som har tilldelats avtalet själv ska tillhandahålla *en stor del* av kollektivtrafiken inte är detsamma som ett krav på att denne ska tillhandahålla *större delen* av denna.³¹ Därför tolkar jag inte den andra meningen i artikel 4.7 som att den innebär ett krav på att det utvalda företaget självt ska stå för ”minst 50 procent” av den berörda kollektivtrafiken. Denna tolkning förefaller bekräftas av andra språkversioner av artikel 4.7.³²

41. Hörmann Reisen har gjort gällande att kravet i artikel 4.7 motsvarar den *högsta* nivå i fråga om eget tillhandahållande som de behöriga myndigheterna får ange. Som påtalas i skäl 19 kan utläggande på entreprenad bidra till en effektivare kollektivtrafik. Därför får de behöriga myndigheterna enligt Hörmann Reisens uppfattning inte ställa ett krav på eget tillhandahållande som motsvarar *mer än* ”en stor del” av den aktuella kollektivtrafiken – exempelvis ”det mesta av” eller ”den klart största delen av” denna. Utifrån detta har Hörmann Reisen dragit slutsatsen att det minimikrav på eget tillhandahållande som är i fråga i det nationella målet (70 procent) är oförenligt med den andra meningen i artikel 4.7, om den bestämmelsen är tillämplig i nämnda mål.

42. Jag delar inte denna uppfattning. Det följer nämligen av lydelsen av artikel 4.7 liksom av det mål som eftersträvas med den bestämmelsen och bakgrunden till denna bestämmelse att kravet på eget tillhandahållande i den andra meningen endast utgör ett minimikrav.

43. Till att börja med ska kravet i den andra meningen i artikel 4.7 tolkas mot bakgrund av den princip som anges i den första meningen, nämligen att det i anbudshandlingar och avtal om allmän trafik ska anges huruvida utläggande på entreprenad är tillåtet (”får övervägas” i den svenska versionen) *och, om det är tillåtet, i vilken omfattning*. Den meningen ger vid handen att de behöriga myndigheterna har långtgående befogenheter att efter eget skön begränsa möjligheterna att lägga ut verksamhet på entreprenad.

44. Vidare anges det i den tredje meningen i artikel 4.7 att de upphandlande myndigheterna i avtal ”som på samma gång täcker planering, byggnation och drift av kollektivtrafiktjänster” får tillåta att driften av dessa tjänster ”fullständigt lägg[s] ut på entreprenad”.³³ Den tredje meningen utgör ett undantag från den regel som anges i den andra meningen, varför dess lydelse torde ge vid handen att den andra meningen endast innehåller ett minimikrav.

31 — Den sistnämnda formuleringen används i artikel 5.2 e i förordning nr 1370/2007. Den bestämmelsen rör emellertid fall där kollektivtrafik tillhandahålls av ett ”internt företag” och torde således inte vara relevant för förevarande mål.

32 — Se, exempelvis, den tyska versionen (”einen bedeutenden Teil”), den spanska versionen (”una parte importante”), den engelska versionen (”a major part”), den franska versionen (”une partie importante”), den italienska versionen (”una parte importante”) och den nederländska versionen (”een aanzienlijk deel”).

33 — Jag noterar att inget i begäran om förhandsavgörande (eller för den delen i det underlag som EU-domstolen har tillgång till) tyder på att det aktuella avtalet om kollektivtrafik skulle motsvara den definitionen.

45. Att inte låta de behöriga myndigheterna kräva att ett utvalt kollektivtrafikföretag självt ska tillhandahålla kollektivtrafiken i dess helhet eller större delen av denna skulle dessutom strida mot det av unionslagstiftaren eftersträfvade målet att ge dessa myndigheter utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om hur de ska organisera kollektivtrafiken för att se till att offentliga medel används på bästa sätt.³⁴ Detta skulle också vara svårt att motivera mot bakgrund av de behöriga myndigheternas (obestriddliga) rätt att helt utesluta varje form av utläggande på entreprenad – en rätt som uppenbart följer av uttrycket ”ska det ... anges huruvida ... utläggande på entreprenad får övervägas” i den första meningen i artikel 4.7.

46. Slutligen anser jag att denna tolkning får stöd även i den rättsliga bakgrunden till förordning nr 1370/2007. Den andra meningen i artikel 4.7 härrör från ett ändringsförslag som Europaparlamentet antog vid andra behandlingen.³⁵ Europaparlamentets utskott för transport och turism angav bland annat följande som motivering till detta ändringsförslag: ”Om allt ansvar för provningar av transportmedel och personal uteslutande läggs på underleverantörer, som i sin tur kan anlita underleverantörer, finns det en risk för negativa effekter på gällande social- och kvalitetsnormer. Detta kan man endast motarbeta genom att man kräver att det företag som ansvarar för kontraktet om allmänna tjänster själv[t] tillhandahåller den största delen av kollektivtrafiken vid tilldelning till underleverantörer”.³⁶ I mina ögon framstår det som tydligt att ett meddelande om upphandling med krav på att det utvalda kollektivtrafikföretaget självt ska tillhandahålla mer än ”en stor del” av kollektivtrafiken – eller för den delen all kollektivtrafik – inte kan undergräva det målet.

47. Mot bakgrund av detta finner jag att en upphandlande myndighet som befinner sig i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet inte åsidosätter kravet enligt den andra meningen i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007, om den i meddelandet om upphandling anger att den som tilldelas avtalet om allmän trafik inte kommer att få lägga ut på underentreprenad mer än 30 procent av den kollektivtrafik med buss (mätt i tidtabellskilometer) som denne enligt nämnda avtal ska svara för.

Förslag till avgörande

48. Mot bakgrund av det ovan anförda förslår jag att domstolen ska besvara de frågor som har hänskjutits av Vergabekammer Südbayern (Tillsynsnämnden för offentlig upphandling i södra Bayern) enligt följande:

- 1) Artikel 5.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 ska tolkas så, att ett sådant avtal om allmän trafik avseende kollektivtrafik med buss som det som är i fråga i det nationella målet – ett avtal som dels inte utgör en tjänstekoncession såsom detta definieras i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, dels ska tilldelas i enlighet med det direktivet – regleras av förordning nr 1370/2007 med undantag av de regler för tilldelning av avtal om allmän trafik som anges i artikel 5.2–6 i den förordningen. Ett sådant avtal omfattas således av de särskilda regler för underentreprenad som anges i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007.

34 — Se punkterna 35 och 36 i detta förslag till avgörande.

35 — Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 10 maj 2007 om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordningar (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, 13736/1/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212(COD) (EUT C76 E, 2008, s. 92).

36 — Rekommendation av den 4 april 2007 från utskottet för transport och turism om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordningar (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70, 13736/1/2006 – C6-0042/2007 – 2000/0212(COD), ändringsförslag 21. Att det uttryck som används i artikel 4.7 är ”en stor del av” i stället för ”den största delen av” påverkar inte den slutsats som jag har redovisat i den sista meningen i punkt 46.

- 2) Det följer av den andra meningen i artikel 4.7 i förordning nr 1370/2007 att en behörig myndighet, i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet, i meddelandet om upphandling får ange att den som tilldelas avtalet om allmän trafik inte kommer att få lägga ut på underentreprenad mer än 30 procent av den kollektivtrafik med buss (mätt i tidtabellskilometer) som denne enligt nämnda avtal ska svara för.