



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 14 september 2023¹

Mål C-421/22

**SIA Dobeles autobusu parks,
AS CATA,
SIA VTU Valmiera,
SIA Jelgavas autobusu parks,
SIA Jēkabpils autobusu parks**
ytterligare deltagare i rättegången:
**Iepirkumu uzraudzības birojs,
VSIA Autotransporta direkcija**

(begäran om förhandsavgörande från Augstākā tiesa (Senāts) (Högsta domstolen, Lettland))

”Begäran om förhandsavgörande – Förordning (EG) nr 1370/2007 – Avtal om allmän trafik avseende kollektivtrafik med buss – Avtal med tio års löptid – Allmän trafikplikt – Villkor för ersättning – Konkurrensutsatt anbudsfordran”

1. I det mål som ger upphov till denna begäran om förhandsavgörande har flera ekonomiska aktörer ifrågasatt förfrågningsunderlaget för en öppen anbudsinfordran för tilldelning av ett avtal avseende tillhandahållande av kollektivtrafik med buss. De anser att förfrågningsunderlaget inte ger dem ett tillräckligt skydd mot en eventuell ökning av vissa kostnader (för bränsle, löner och sociala avgifter) under avtalets tioåriga löptid.

2. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida förordning (EG) nr 1370/2007² tillåter ”ett ersättningssystem” enligt vilket den behöriga myndigheten inte regelbundet indexjusterar avtalspriset i förhållande till de kostnadsökningar som är förenade med tillhandahållandet av tjänsten och vilka ligger utanför anbudsgivarens kontroll.

¹ Originalspråk: spanska.

² 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 (EUT L 315, 2007, s. 1). Den nuvarande lydelsen, som är tillämplig i förevarande fall, är den som följer av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/2338 av den 14 december 2016 om ändring av denna förordning vad gäller öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg (EUT L 354, 2016, s. 22).

3. EU-domstolen har uttalat sig om den ersättning som gäller för allmän trafikplikt i fråga om transporter,³ men har inte uttryckligen behandlat den fråga som nu har ställts till den.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt. Förordning nr 1370/2007

4. Skälen 27 och 34 är relevanta.

5. I artikel 1 ("Syfte och tillämpningsområde") föreskrivs följande i punkt 1:

"1. Syftet med denna förordning är att fastställa hur de behöriga myndigheterna, i enlighet med gemenskapslagstiftningen, 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.

I denna förordning fastställs därför på vilka villkor de behöriga myndigheterna, när de ålägger eller ingår avtal om allmän trafikplikt, ger kollektivtrafikföretagen ersättning för ådragna kostnader och/eller beviljar ensamrätt som motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt."

6. I artikel 2a ("Specifikation av allmän trafikplikt"), punkt 2, föreskrivs följande:

"Specifikationerna för den allmänna trafikplikten och den dithörande ersättningen för den ekonomiska nettoeffekten av den allmänna trafikplikten ska medföra

- a) att målen med politiken på kollektivtrafikområdet uppnås på ett kostnadseffektivt sätt, och
- b) att tillhandahållandet av kollektivtrafiken understöds ekonomiskt i enlighet med de krav som fastställts i politiken på kollektivtrafikområdet på lång sikt."

7. Artikel 3 ("Avtal om allmän trafik och allmänna bestämmelser") har följande lydelse i punkt 1:

"När en behörig myndighet beslutar att bevilja ett företag som den själv valt 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."

8. I artikel 4 ("Obligatoriskt innehåll i avtal om allmän trafik och i allmänna bestämmelser") föreskrivs följande i punkt 1:

"I avtal om allmän trafik och i allmänna bestämmelser ska

³ Senast i dom av den 8 september 2022, AS Lux Express Estonia (C-614/20, EU:C:2022:641). När det gäller dess omedelbara föregångare, 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), se dom av den 27 november 1973, Nederlandse Spoorwegen (36/73, EU:C:1973:130), i ett mål om järnvägstransporter, och dom av den 24 juli 2003, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415) (nedan kallad domen Altmark), av den 7 maj 2009, domen Antrop m.fl. (C-504/07, EU:C:2009:290), och dom av den 3 april 2014, CTP (C-516/12–C-518/12, EU:C:2014:220), på busstransportområdet.

- a) klart och tydligt fastställas den allmänna trafikplikt som definieras i denna förordning och specificeras i enlighet med artikel 2a som kollektivtrafikföretaget ska fullgöra och vilka geografiska områden som avses.
- 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.

...”

9. I artikel 6 (”Ersättning för allmän trafik”) föreskrivs följande i punkt 1:

”... all ersättning enligt en allmän bestämmelse eller enligt ett avtal om allmän trafik [ska] överensstamma med bestämmelserna i artikel 4.”

B. Nationell rätt

10. Artiklarna 10.1, 10.3 och 11.1 i Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums⁴ är tillämpliga, liksom artiklarna 2.1 och 56 i Ministru kabineta 2015.gada 28.jūlija noteikumi Nr. 435 ”Kārtība, kādā nosaka un kompensē ar sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanu saistītos zaudējumus un izdevumus un nosaka sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifu”.⁵

II. Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11. Valsts SIA Autotransporta direkcija (nedan kallad den upphandlande myndigheten) inledde ett öppet anbuds förfarande ”för koncession av rätten att tillhandahålla kollektivtrafiktjänster för busstrafik inom det regionala vägnätet”. I förfarandet föreskrevs att ett offentligt avtal med en löptid på 10 år skulle ingås med tjänsteleverantörer som tillhandahåller kollektivtrafik.⁶

12. SIA Dobeles autobusu parks (nedan kallat Dobeles) och andra ekonomiska aktörer⁷ ifrågasatte förfrågningsunderlaget på den grunden att det innehöll en rättsstridig ersättningsmekanism för kollektivtrafiktjänsterna.⁸ De tillade närmare bestämt följande:

- I anbudsgivarnas anbud ska priset för den tillhandahållna tjänsten anges för de följande tio åren, utan att det i (det framtida) avtalet finns ett lämpligt förfarande för att revidera det.

⁴ Lag om kollektiva transporttjänster.

⁵ Ministerrådets dekret nr 435 av den 28 juli 2015 om förfarandet för fastställande och ersättning av förluster och utgifter rörande tillhandahållande av kollektivtrafik och prissättning för dessa tjänster.

⁶ Meddelandet om upphandling hade referensnummer AD 2019/7. Förfarandet 2019/S 138–340153 publicerades i tillägget till EUT den 19 juli 2019 (EUT S 138, 2019, s. 1).

⁷ AS CATA, SIA VTU Valmiera, SIA Jelgavas autobusu parks och SIA Jēkabpils autobusu parks (nedan, tillsammans med Dobeles, kallade ”klagandena”).

⁸ Vid förhandlingen förklarade den upphandlande myndigheten att tjänsteleverantörens intäkter består av två poster: a) vad som har betalats av resenärerna vid köp av färdbevis och b) en ekonomisk ersättning från staten motsvarande skillnaden mellan priset för den tjänst som den vinnande anbudsgivaren anger i sitt anbud och det pris som erhålls för biljettförsäljningen till resenärerna.

- Den enda planerade prisjusteringen föreskriver en indexering som bedöms vara otillräcklig: den omfattar endast tre komponenter (bränsle, löner och obligatoriska nationella socialförsäkringsavgifter i händelse av en lagändring) när de varierar mer än 5 % (bränsle) eller 8 % (lönekostnader). Om ökningarna av dessa kostnader inte överstiger dessa tröskelvärden måste tjänsteleverantören stå för dem.
- Indexeringen omfattar inte de första fyra åren av tillhandahållandet av tjänsten och det finns ingen möjlighet att få ersättning för ökningen av kostnaderna under de tre sista åren.

13. Den 11 november 2019 fann Iepirkuma uzraudzības biroja Iesniegumu izskatīšanas komisija (avdelningen för överprövning vid upphandlingsmyndigheten) att sökandenas begäran om omprövning inte föranledde någon ändring.

14. Var och en av sökandena överklagade till Administratīvā rajona tiesa (Förvaltningsdomstolen i första instans, Lettland), som ogillade överklagandena genom dom av den 29 maj 2019. Enligt denna domstol är staten, enligt förordning nr 1370/2007 och kommissionens riktlinjer för tolkningen av denna,⁹ inte skyldig att fullt ut täcka alla kostnader för tjänsteleverantörer som tillhandahåller kollektivtrafik.

15. Vissa av sökandena överklagade domen i första instans till Augstākā tiesa (Senāts) (Högsta domstolen, Lettland) och återopade i huvudsak samma argument som i de föregående administrativa och rättsliga förfarandena.

16. Mot bakgrund av de argument som parterna i målet har anfört har den hänskjutande domstolen ställt följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Tillåter artiklarna 1.1 andra stycket, 2a.2 och 3.2 i ... förordning nr 1370/2007 ... ett ersättningssystem där den behöriga myndigheten inte är skyldig att ge den som tillhandahåller kollektivtrafik fullständig ersättning genom att avtalspriset (ersättningsbeloppet) regelbundet indexjusteras för varje ökning av de kostnader som hör samman med tillhandahållandet av tjänsten och som ligger utanför denna tjänsteleverantörs kontroll, vilket innebär att detta ersättningssystem inte helt undanröjer risken för att det för tjänsteleverantören uppstår förluster för vilka denne inte kan erhålla ersättning?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

17. Begäran om förhandsavgörande inkom till EU-domstolens kansli den 22 juni 2022.

18. Skriftliga yttranden har inkommit från sökandena, den cypriotiska och den lettiska regeringen samt från Europeiska kommissionen.

19. Förhandling hölls den 8 juni 2023, vid vilken Dobeles, den upphandlande myndigheten, den cypriotiska och den lettiska regeringen samt kommissionen deltog.

⁹ Meddelande från kommissionen om tolkningsriktlinjer för förordning (EG) nr 1370/2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg (EUT C 92, 2014, s. 1) (nedan kallat kommissionens riktlinjer). Dessa riktlinjer är inte bindande.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkningar

1. Tillämpliga bestämmelser

20. Den hänskjutande domstolen anser att förordning nr 1370/2007 är tillämplig i det nationella målet och har begärt tolkning av tre av dess bestämmelser:

- Artikel 1.1 andra stycket, enligt vilket det i denna förordning ”fastställs ... på vilka villkor de behöriga myndigheterna, när de ålägger eller ingår avtal om allmän trafikplikt, ger kollektivtrafikföretagen ersättning för ådragna kostnader och/eller beviljar ensamrätt som motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt”.
- Artikel 2a.2, i vilken de mål som eftersträvas med ”specifikationerna för den allmänna trafikplikten och den dithörande ersättningen för den ekonomiska nettoeffekten” anges.
- Artikel 3.2, i vilken det hänvisas till taxevillkor som fastställs i allmänna bestämmelser, ”oaktat behöriga myndigheters rätt att i avtal om allmän trafik integrera allmän trafikplikt med fastställda högsta taxor”.¹⁰

21. Tillämpningen av förordning nr 1370/2007 beror emellertid på beskaffenheten av det avtal vars förfrågningsunderlag är i fråga i målet. Följande gäller för denna förordning:

- Med hänvisning till kollektivtrafik på järnväg och väg föreskriver den villkor för anpassning av de allmänna regelverken för offentlig upphandling, såsom de som regleras i direktiv 2014/24/EU¹¹ eller i direktiv 2014/25/EU.¹²
- Den innehåller specialregler som antingen ska ersätta eller tillämpas utöver de allmänna reglerna i direktiv 2014/24 eller i direktiv 2014/25 beroende på om det i det tillämpliga direktivet föreskrivs regler inom de områden som regleras av denna förordning.¹³

22. Enligt artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007 ska avtal om allmän trafik som princip tilldelas i enlighet med de bestämmelser som fastställs i denna förordning.

23. Tjänsteavtal eller avtal om allmän trafik enligt definitionen i direktiven 2014/24 eller 2014/25 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.

¹⁰ Med hänsyn till de faktiska omständigheterna i denna tvist är artikel 3.2 i förordning nr 1370/2007 i själva verket inte relevant för att lösa tvisten.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014, om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243).

¹³ Dom av den 20 september 2018, Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, punkt 49).

2. Allmän trafikplikt och avtalets art

24. I avsaknad av klarhet på denna punkt diskuterades det aktuella avtalets karaktär vid förhandlingen. Dobeles, den upphandlande myndigheten och den lettiska regeringen var eniga om att det rörde sig om ett avtal om allmän trafik, i vilket anbudsgivaren endast tog på sig vissa risker, och inte ett koncessionsavtal.¹⁴

25. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida denna uppfattning är riktig. I detta syfte ska den hänskjutande domstolen särskilt beakta överföringen av verksamhetsrisken för de tjänster som ska tilldelas.

26. Samtliga parter är också överens om att det verkligen föreligger en allmän trafikplikt, vilket det omtvistade avtalet är avsett att uppfylla.

27. Efter att ha undanröjt dessa oklarheter kommer jag att inrikta min bedömning på den rättsliga ram som förordning nr 1370/2007 erbjuder.

B. Ersättning för allmän trafik, motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt

28. I förordning nr 1370/2007 avses med ”allmän trafikplikt: krav som en behörig myndighet definierar eller fastställer för att sörja för kollektivtrafik av allmänt intresse som ett kollektivtrafikföretag inte skulle ha något eget kommersiellt intresse av att bedriva utan att få ersättning, eller åtminstone inte i samma omfattning eller på samma villkor”.¹⁵

29. Jag har i ett annat sammanhang¹⁶ förklarat att i förordning nr 1370/2007 kopplas en motprestation till fullgörande av allmän trafikplikt när den är betungande för de berörda företagen. Denna motprestation tar formen av en ersättning eller ett beviljande av en ensamrätt.¹⁷

30. Begreppet ”ersättning för allmän trafik” knyter en förmån, särskilt ekonomisk, till fullgörandet av en allmän trafikplikt som innebär att tjänster tillhandahålls som saknar kommersiellt intresse.

31. När allmän trafikplikt är kostsam, medför den därmed inte ekonomisk skada för de företag som ska uppfylla den och, i slutändan, till skada för själva tillhandahållandet av tjänsten. I sådana fall gäller att en ersättning som motprestation för en allmän trafikplikt ”måste ... syfta till att säkerställa tillhandahållandet av tjänster som verkligen är tjänster av allmänt intresse i den mening som avses i fördraget”.¹⁸

32. I förordning nr 1370/2007 föreskrivs slutligen inte att kostnaderna för den allmänna trafikplikten endast ska bäras av transportföretagen. Om så vore fallet skulle sannolikt inte något transportföretag gå med på att tillhandahålla tjänsten, som saknar kommersiellt intresse i sig.

¹⁴ Den upphandlande myndigheten bekräftade att Ministerrådets dekret nr 435 av den 28 juli 2015, som är tillämpligt i förevarande fall, skiljer sig från det som EU-domstolen i domen av den 10 november 2011, Norma-A och Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721), prövade för att utesluta att det då aktuella avtalet kunde kvalificeras som en ”koncession”. I det fallet övertog inte anbudsgivaren hela eller åtminstone en betydande del av verksamhetsrisken.

¹⁵ Artikel 2 e i förordning nr 1370/2007.

¹⁶ Förslag till avgörande i målet Lux Express Estonia (C-614/20, EU:C:2022:180, punkt 38).

¹⁷ Enligt artikel 2 f i förordning nr 1370/2007 avses med ensamrätt ”ett kollektivtrafikföretags rätt att bedriva viss kollektivtrafik på en sträcka, inom ett nät eller inom ett visst område utan att andra sådana företag har en sådan rätt”.

¹⁸ Skäl 34 i förordning nr 1370/2007.

1. Ersättningens storlek

33. Vid beräkningen av ersättningen (eller inrättandet av mekanismer och parametrar för detta)¹⁹ ska den behöriga myndigheten sträva efter både ”att målen med politiken på kollektivtrafikområdet uppnås på ett kostnadseffektivt sätt”²⁰ och ”att tillhandahållandet av kollektivtrafiken understöds ekonomiskt i enlighet med de krav som fastställts i politiken på kollektivtrafikområdet på lång sikt”.²¹

34. I förordning nr 1370/2007 föreskrivs inte att ersättningen ska täcka hela nettokostnaden för den allmänna trafikplikten. I skäl 33 hänvisas till domen Altmark, varvid det erinras om att det, för att det ska uteslutas att en ersättning för allmän trafikplikt utgör en fördel i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget (nu artikel 107.1 FEUF) anges att ersättningen inte får ”överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster”.²²

35. På samma sätt föreskrivs i artikel 4.1 c i förordning nr 1370/2007 att det, såväl i avtal om allmän trafik som i de allmänna bestämmelserna, ska fastställas hur kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten ska fördelas. Detta krav förutsätter att det inte finns någon skyldighet för den behöriga myndigheten att ersätta *alla* kostnader som företagen ådrar sig till följd av åtagandet av den allmänna trafikplikten.

36. Ersättning för endast en del av kostnaderna för den allmänna trafikplikten medför en risk för företagen. Om en sådan ersättning är knuten till en allmän regel eller ett direkt tilldelat avtal, ska den behöriga myndigheten beakta den vid beräkningen av den rimliga vinsten för fullgörandet av den allmänna trafikplikten.²³

37. Dessutom får den ersättning som är kopplad till sektorn för landbaserad kollektivtrafik inte vara *alltför hög*. Att förhindra överkompensation har två syften: dels undviks subventioner som utgör statligt stöd, dels leder det till förbättringar av tjänstens kvalitet och effektivitet.

38. Till det sistnämnda målet hänvisas i skäl 27 och punkt 7 i bilagan²⁴ och, i en bredare formulering, i den ovannämnda artikel 2a.2 a i förordning nr 1370/2007, som införts genom förordning nr 2016/2338.

¹⁹ I förordning nr 1370/2007 anges varken det ena eller det andra beräkningssystemet. I tvisten rör diskussionen indexeringen av priserna, men det är endast en till möjlig modell för att beräkna ersättningen och, i slutändan, för att uppväga de eventuella negativa effekter som fullgörandet av skyldigheten att tillhandahålla allmän trafikplikt medför för den som tilldelats kontraktet.

²⁰ Artikel 2a.2 a i förordning nr 1370/2007. Enligt bilagan ska ersättningen anpassas på ett sätt som främjar en effektiv förvaltning av tjänsten. Denna uppgift kan ses som ett konkret uttryck för effektivitetsmålet.

²¹ Artikel 2a.2 b i förordning nr 1370/2007. Skäl 11 i förordning 2016/2338, med en tydligare formulering.

²² Domen Altmark, punkt 92 och domslutet.

²³ I bilagan, punkt 6 i förordning (EG) nr 1370/2007 definieras rimlig vinst som ”den avkastning på eget kapital som är vanlig inom branschen i en viss medlemsstat, med hänsyn till den risk som kollektivtrafikföretaget tar eller undviker på grund av myndighetens ingripande”.

²⁴ Vad gäller den allmänna trafikplikten som antingen inte upphandlas eller som upphandlas, men inte genom ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Lagstiftaren är övertygad om, vilket jag kommer att hänvisa till nedan, att ett öppet tilldelningsförfarande naturligtvis leder till att ingen överkompensation sker.

39. Förordning nr 1370/2007 innehåller inga närmare uppgifter om hur man genom ersättningen kan främja en effektiv förvaltning av kollektivtrafiken:²⁵ De behöriga myndigheterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning.²⁶

40. Kommissionen varnar i sina riktlinjer för ersättningssystem som ”enbart täcker faktiska kostnader när de uppstår” (det vill säga i efterhand), eftersom det ger ”få incitament för transportföretaget att styra kostnader eller bli effektiva över tid”.²⁷

41. Ur detta perspektiv kan en ersättning som är lägre än nettokostnaderna för den allmänna trafikplikten användas för att uppmuntra kollektivtrafikföretaget att effektivt förvalta tjänsten genom att uppmuntra det att minska de kostnader som det har kontroll över.

42. I förarbetena till förordning 2016/2338 lades ändringsförslag fram för att förbjuda ersättning som är ”alltför låg” eller ”understig[er]a det belopp som krävs för att täcka den ekonomiska nettoeffekten på de kostnader och intäkter som följer av fullgörandet av trafikplikten”.²⁸ Rådet motsatte sig uttryckligen sådana ändringsförslag, eftersom de stred mot det allmänna synsättet²⁹ genom att de överförde alla risker på de upphandlande myndigheterna och inte gjorde det möjligt att införa incitament till effektivitet i förvaltningen av tjänsten.³⁰

2. Skälig ersättning?

43. I artiklarna i förordning nr 1370/2007 nämns inte uttryckligen någon ”skälig”, ”rimlig” eller ”tillräcklig” ersättning.³¹ Hänvisningen till dessa begrepp återfinns i ingressen och indirekt i bilagan.

²⁵ I meddelande från kommissionen - Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2011) (EUT C 8, 2012, s. 15), punkterna 40 och 41, nämns två metoder som exempel: att på förhand fastställa en fast ersättningsnivå som förutser och inkluderar de effektivitetsvinster som företaget kan förväntas göra under den tid som beslutet om tilldelning avser, eller att ange produktivetsmål i beslutet om tilldelning, vilket innebär att ersättningsnivån är beroende av i vilken utsträckning målen har nåtts. Liknande förfaranden förekommer i det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattenvägar (framlagt av kommissionen i enlighet med artikel 250.2 i EG-fördraget) [KOM(2002) 107 slutlig], bilaga, punkt 6.

²⁶ Myndigheterna måste upprätthålla incitamenten på en rimlig nivå och undvika att företagen får oproportionerliga effektivitetsfördelar, samt se till att dessa incitament inte ges på bekostnad av en hög servicenivå. Dessa påminnelser återfinns i avsnitt 2.4.5 i kommissionens riktlinjer. De följer även av en systematisk och teleologisk tolkning av förordning nr 1370/2007.

²⁷ Kommissionens riktlinjer, avsnitt 2.4.3.

²⁸ Europaparlamentets lagstiftningsresolution om förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av förordning (EG) nr 1370/2007 avseende öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg (COM(2013) 0028 – C7–0024/2013–2013/0028(COD)), dokument A7–0034/2014 av den 16 januari 2014, tilläggen 10 och 40.

²⁹ Återges i dokument 12777/15 av den 12 oktober 2015 från rådets generalsekretariat till delegationerna.

³⁰ Se rapporten från rådets generalsekretariat till Coreper, dokument 13146/15 av den 4 december 2015, rad 112, och dokument 5159/16, add. 1 av den 15 januari 2016, rad 112. Det ska erinras om att ett direkt förbud mot ”otillräcklig” ersättning, som föreslogs i förarbetena till den första versionen av förordningen, inte heller nådde framgång: skälen till detta misslyckande är olika och hänger inte nödvändigtvis samman med incitamentet till effektivitet. Se fotnot 31.

³¹ Genom förslag till Europaparlamentets lagstiftningsresolution 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)) dokument A6–0131/2007 av den 4 april 2007, ändringsförslagen 6, 14 och 18, ändrades den gemensamma ståndpunkten genom att kräva att ersättningen varken får vara alltför hög eller otillräcklig. Medlemsstaternas delegationer visade delade meningar både när det gäller huruvida kravet ska inkluderas eller inte (särskilt för vissa delegationer var förhinderande av underkompensation inte ett mål för förordningen) och om var och hur det skulle införas: Se rapporten från rådets generalsekretariat till Coreper, dokument 7974/07 av den 2 april 2007, vad gäller vissa ändringsförslag. De togs i slutändan inte med i texten.

44. I den text som antogs år 2007 anges i skäl 27, efter erinran om att kompensationen inte får vara alltför hög, följande: ”En behörig myndighet som avser att tilldela ett avtal om allmän trafik utan konkurrensutsatt anbudsfordfarande bör dessutom vara skyldig att följa detaljerade bestämmelser som säkerställer att ersättningsbeloppet är skäligt ...”.

45. I textens artikeldel finns även en farhåga för en underkompensation, även om den som sådan uteslutande tar sig uttryck i en hänvisning till bilagan, vad gäller den inverkan som fullgörandet av allmän trafikplikt kan ha på företagens övriga verksamhet eller på dess nät.³²

46. I kommissionens riktlinjer erinras om att en ”skälig” ersättning krävs för att företagets egna medel inte urholkas på lång sikt inom ramen för allmän trafikplikt, vilket skulle förhindra ett effektivt fullgörande av företagets skyldigheter enligt avtalet eller upprätthållandet av kvalitetsnivån på tillhandahållandet av persontransporttjänster.³³

47. Kommissionen tillägger att en oskälig ersättning även medför en risk för att antalet anbud som inkommer till följd av ett anbudsfordfarande för tilldelning av ett avtal om allmän trafik minskar.³⁴

48. I sitt förslag till ändring av förordning nr 1370/2007 klargjorde kommissionen behovet av att säkerställa kollektivtrafikens ekonomiska bärkraft.³⁵

49. Denna avsikt framgår tydligt av den text som ändrats genom förordning 2016/2338. I artikel 2a.2 b i förordning nr 1370/2007 betonas att syftet med ersättningen ska vara ”att tillhandahållandet av kollektivtrafiken understöds ekonomiskt i enlighet med de krav som fastställts i politiken på kollektivtrafikområdet på lång sikt”.

50. I skäl 11 i förordning 2016/2338 finns en koppling mellan ekonomisk hållbarhet och skyldigheten att ge ”rimlig” kompensation till kollektivtrafikföretag för fullgörandet av allmän trafikplikt.

51. Bedömningen av huruvida ersättningen är skälig, i den mening som angetts, ingår i proportionalitetsbedömningen,³⁶ vilken ska göras av specifikationerna för den allmänna trafikplikten för tillhandahållande av kollektivtrafik enligt artikel 2a.1 i förordning nr 1370/2007.

52. Ersättningen ska således göra det möjligt för det företag som ålagts den allmänna trafikplikten att fullgöra denna. Av ovan angivna skäl betyder detta inte att beloppet är identiskt med den ekonomiska nettokostnad som uppkommer vid fullgörandet av trafikplikten.

³² Bilagan, punkt 3. I punkt 3 i bilagan varnas för både alltför hög ersättning och ”utebliven ersättning” och det krävs att ”kvantifierbara ekonomiska effekter på trafikföretagets berörda nät” ska beaktas vid beräkningen av den ekonomiska nettoeffekten av den allmänna trafikplikten.

³³ Kommissionens riktlinjer, avsnitt 2.4.8.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Europaparlamentets lagstiftningsresolution om förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av förordning (EG) nr 1370/2007 avseende öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg, COM(2013) 28 final, skäl 5 och artikel 2a.4. De studier och samråd som låg till grund för texten var inriktade på järnvägstransporter, som också är det huvudsakliga ämnet för ändringen av förordning (EG) nr 1370/2007. Genom sin ordalydelse är emellertid förslagens räckvidd på denna punkt allmän.

³⁶ Trafikplikten ska, i egenskap av marknadspåverkan, vara förenlig med proportionalitetsprincipen, såsom den förstås i unionsrätten: den ska vara motiverad, ägnad att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

3. Ersättningsgilla kostnader (poster)

53. Enligt artikel 4.1 i förordning nr 1370/2007 ska avtal om allmän trafik innehålla bestämmelser om hur kostnaderna för att tillhandahålla kollektivtrafik ska fördelas.³⁷

54. Bland dessa kostnader räknas i bestämmelsen upp, utan att det är ämnat att vara uttömmande, kostnader för personal, energi, infrastrukturavgifter, underhåll och reparation av fordon avsedda för kollektivtrafik, rullande materiel och anläggningar som behövs för driften av persontrafiken samt fasta kostnader och rimlig avkastning på eget kapital.

55. I de första förordningsförslagen angavs att leverantören som minimum ska bära ”kostnaderna för att tillhandahålla de tjänster som avtalet om allmänna tjänster avser, inbegripet bland annat kostnaderna för personal, energi samt underhåll och reparationer av fordon och vagnar”.³⁸

56. Förordning nr 1370/2007 innehåller däremot inte något krav på att särskilda kostnader ska tillskrivas den ena eller den andra parten och följaktligen inte heller något krav på ersättning för särskilda kostnader.³⁹ Den behöriga myndigheten har flexibilitet i detta avseende.⁴⁰

4. Slutsats i denna del

57. Ersättning för allmän trafikplikt i den mening som avses i förordning nr 1370/2007 är sådan ersättning som till sitt belopp inte ger någon ekonomisk fördel som kan kvalificeras som statligt stöd. Detta belopp ska dessutom återspegla en balans mellan målen om en effektiv förvaltning av kollektivtrafiken och den ekonomiska bärkraften i tillhandahållandet av denna på lång sikt.

58. En ersättning som är lägre än nettokostnaden för att fullgöra den allmänna trafikplikten strider inte mot förordning nr 1370/2007. Överföringen av riskerna till tjänsteleverantören strider inte i sig mot denna förordning.

59. Den behöriga myndigheten har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när den fattar beslut om vilka poster som ska ersättas eller inte, och följaktligen vad gäller de faktiska risker som tjänsteföretaget ska bära.

C. Ersättning och konkurrensutsatta anbudsförfaranden

60. Vid förhandlingen var frågan vilken inverkan den omständigheten, att tilldelningen av avtalet hade föregåtts av ett konkurrensutsatt anbudsförfarande (såsom var fallet i förevarande mål), kunde ha på ersättningen.

³⁷ Samma mandat omfattar de *allmänna bestämmelserna*, vilka inte är föremål för förevarande begäran om förhandsavgörande. Se punkt 41 vad gäller begreppet.

³⁸ Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattenvägar [KOM(2000) 7 slutlig], artikel 6 b, och förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattenvägar (framlagt av kommissionen i enlighet med artikel 250.2 i EG-fördraget) [KOM(2002) 107 slutlig], artikel 6 b.

³⁹ En bestämmelse som inte medger en flexibel fördelning av kostnaderna kan visa sig vara ogenomförbar, vilket Europeiska ekonomiska och sociala kommittén påpekade i sitt yttrande om ”Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattenvägar” (EGT C 221, 2001, s. 31), punkt 5.1.1.

⁴⁰ Ett annat exempel på denna flexibilitet finns i artikel 2a.1 första strecksatsen i förordning nr 1370/2007, enligt vilken den behöriga myndigheten får gruppera kostnadstäckande tjänster med icke kostnadstäckande tjänster.

61. För att ålägga allmän trafikplikt är det enligt förordning nr 1370/2007 möjligt att använda sig av två typer av rättsliga instrument: avtal om allmän trafik och allmänna bestämmelser.⁴¹ De förstnämnda ska i princip väljas när kompensation föreskrivs.⁴² Undantagsvis, när det gäller skyldigheten avseende högstapriser, är ett ensidigt införande genom allmänna bestämmelser möjligt.⁴³

62. De upphandlande myndigheterna har enligt artikel 5 i förordning nr 1370/2007 möjlighet att använda sig av direkttilldelning (till ett internt företag eller, på vissa villkor, till en tredje part) eller ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Detaljnivån i bestämmelserna i förordning nr 1370/2007 om metoden för att beräkna motprestationen varierar beroende på hur tilldelningen sker.

63. Texten innehåller vissa gemensamma riktlinjer. I artikel 6.1, som avser ”ersättning för allmän trafik”, föreskrivs i första meningen, att sådan ersättning ska överensstämja med bestämmelserna i artikel 4 i förordning nr 1370/2007.⁴⁴

64. Vad gäller metoden för att beräkna den ersättning som är knuten till en allmän trafikplikt, anges detta i förordning nr 1370/2007 endast om denna föreskrivs genom en allmän bestämmelse eller inom ramen för ett avtal som tilldelas direkt.

65. Med andra ord finns det i förordning nr 1370/2007 inte några särskilda regler som är tillämpliga på metoden för beräkning av ersättningen när tilldelningen av avtalet sker inom ramen för ett anbudsförfarande. Enligt min mening beror denna avsaknad på att lagstiftaren har förlitat sig på att konkurrensförfarandena är bäst lämpade att i sig uppnå en balans mellan de föreliggande intressena.

66. I denna typ av förfaranden står det de upphandlande myndigheterna fritt att i förfrågningsunderlagen ta med eller inte ta med metoder för prisjustering i form av indexeringsformler eller liknande. Såsom domstolen⁴⁵ har slagit fast i fråga om nationella bestämmelser i vilka det inte föreskrivs någon regelbunden justering av upphandlingspriserna efter tilldelningen av avtalet, utgör unionsrätten⁴⁶ inte hinder för dessa bestämmelser.

67. I avsnitt 2.4.1 i kommissionens riktlinjer anges hur ”ett konkurrensutsatt anbudsförfarande som är öppet och följer principerna om insyn och icke-diskriminering i den mening som avses i artikel 5.3 [i förordning nr 1370/2007] leder till att den ersättning som de behöriga

⁴¹ Dessa definieras i artikel 2 i respektive 2 I i förordning nr 1370/2007. Ett *avtal om allmän trafik* bekräftar att ”en behörig myndighet och ett kollektivtrafikföretag har enats”. En *allmän bestämmelse* innebär en ”åtgärd som utan diskriminering tillämpas på alla kollektivtrafiktjänster av samma slag inom ett givet geografiskt område”.

⁴² Artikel 3.1 i förordning nr 1370/2007: ”När en behörig myndighet beslutar att bevilja ett företag som den själv valt 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”.

⁴³ Artikel 3.2 i förordning nr 1370/2007: ”Om den allmänna trafikplikten avser att fastställa högsta taxa för samtliga passagerare eller för vissa grupper av passagerare kan den också, genom avvikelse från punkt 1, omfattas av allmänna [...] bestämmelser.”

⁴⁴ Enligt denna bestämmelse bör man, som en allmän regel, för varje avtal om allmän trafikplikt: ”... b) i förväg och på ett objektivt 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.” Det ska även ”... c) fastställas hur kostnaderna för tjänsternas tillhandahållande ska fördelas ...”

⁴⁵ Dom av den 19 april 2018, Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264, punkterna 29–31).

⁴⁶ Då handlade det om Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1251/2011 av den 30 november 2011 (EUT L 319, 2011, s. 43), och om de allmänna principer det grundar sig på. För närvarande anges i skäl 111 i direktiv 2014/24 indexering som en möjlighet: ”Upphandlande myndigheter bör genom ändringsklausuler eller optioner i de enskilda kontraktet kunna medge en möjlighet att införa ändringar, men dessa klausuler bör inte ge dem obegränsad ... Det bör följaktligen klargöras att man genom tillräckligt tydligt utformade ändringsklausuler eller optioner exempelvis får föreskriva prisindexering ...” Skäl med samma innehåll återfinns i direktiven 2014/23 och 2014/25.

myndigheterna måste betala till tjänsteleverantören för att erhålla den nivå av allmän trafik som föreskrivs i anbudet blir så låg som möjligt, vilket förhindrar alltför höga ersättningar. I så fall behöver de detaljerade reglerna om ersättningar som fastställs i bilagan inte tillämpas.”

68. Konkurrensutsatta anbudsförfaranden ska i linje med detta anses som lämpliga metoder för tilldelning av avtal om allmän trafik till en ekonomisk aktör som har förmåga att tillhandahålla detta på bästa möjliga villkor avseende kvalitet och pris. I detta sammanhang är det mindre nödvändigt att tillsynsmyndigheten ingriper.

69. Kommissionens riktlinjer stöder denna uppfattning: samspelet mellan marknadskrafterna gör det möjligt att fastställa den begränsade ersättningen till ett minimum,⁴⁷ så att den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja det anbud som utgör den lägsta kostnaden för det allmänna (eller det anbud som är det mest effektiva alternativet i fråga om pris och kvalitet).⁴⁸

70. I förordning nr 1370/2007 är övertygelsen om att ett konkurrensutsatt förfarande möjliggör en automatisk justering av motprestationen inte enbart kopplad till kravet att ersättningen inte får vara *alltför hög*. Det konkurrensutsatta anbudsförfarandet framställs dessutom som lämpligt för att uppnå en *rimlig* ersättning för att säkerställa en långsiktig ekonomisk hållbarhet för kollektivtrafiken, i enlighet med de krav som uppställs i kollektivtrafikpolitiken.⁴⁹

71. Det ovan anförda bygger emellertid på antagandet att utformningen av anbudsinfordran möjliggör en verklig och effektiv konkurrens, såväl med avseende på förfarandet som med avseende på avtalets innehåll.

- Vad gäller det konkurrensutsatta anbudsförfarandet innehåller förordning nr 1370/2007 få detaljer.⁵⁰ Enligt kommissionens riktlinjer ska de särskilda reglerna i direktiven om offentlig upphandling tillämpas.⁵¹
- Vad gäller innehållet i ett avtal om allmän trafik anges i artikel 4 i förordning nr 1370/2007 de minimiuppgifter som avtalet ska innehålla. Det är min uppfattning att de, för transparensens skull, bör anges i förfrågningsunderlaget.

72. Med tillgång till denna information kan aktörerna välja om de vill delta i anbudsförfarandet eller inte. Om de gör det kan de vid utarbetandet av sina anbud inkludera priset för alla relevanta faktorer.⁵²

⁴⁷ Punkt 2.4.2 i kommissionens riktlinjer. En ytterligare indikation på att anbudsförfarandet fungerar som ett självständigt element vid fastställandet av ersättningen, genom samspelet mellan utbud och efterfrågan, finns i avsnitt 2.4.3, där kommissionen i fråga om begreppet rimlig vinst hänvisar till antagandet att det finns ”en allmänt accepterad marknadsersättning för en viss tjänst”, eftersom ”den ersättningen [är] det bästa riktmärket för ersättning *i avsaknad av ett anbud*”.

⁴⁸ Kriteriet ”lägsta kostnad för det allmänna” förekommer inte i förordning nr 1370/2007. I Altmark- domen används begreppet i punkt 93, men inte i domslutet. Enligt Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (EUT C 8, 2012, s. 4) (meddelande om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse) ska det tolkas på så sätt att det gör det möjligt att välja ett anbud med det lägsta priset, eller som ger det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. Även om dessa riktlinjer avser artikel 106 FEUF ser jag inget hinder för att i detta avseende överföra dem på artikel 93 FEUF.

⁴⁹ Jag hänvisar till det elfte skälet i förordning nr 2016/2338: ”För avtal om allmän trafik *som inte tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt anbudsförfarande* bör ersättningen för kollektivtrafikföretagens fullgörande av den allmänna trafikplikten vara rimlig ...”. Min kursivering.

⁵⁰ Enligt artikel 5.3 i förordning nr 1370/2007 ska förfarandet ”vara öppet för alla företag, det ska vara rättvist och följa principerna om insyn och icke-diskriminering”. I skäl 9 hänvisas även till proportionalitetsprincipen. Upphandlingsförfarandet måste respektera principerna i FEUF, oavsett om de nämns i själva bestämmelserna eller inte.

⁵¹ Avsnitt 2.3.2.

⁵² De kan också, om de anser det vara relevant, vidta åtgärder för att skydda sig mot marknadsrisker (exempelvis genom att teckna försäkringar mot framtida prishöjningar på de produkter och tjänster som ska användas).

73. Ersättningens storlek – eller den mekanism och de parametrar som används för att fastställa den – hör utan tvekan till dessa relevanta faktorer. Om den beräknas alltför lågt kan den avskräcka eller begränsa antalet potentiella anbudsgivare, stick i stäv med artikel 5.3 i förordning nr 1370/2007.⁵³

74. Den upphandlande myndigheten måste därför undvika att i förfrågningsunderlaget införa ersättningsparametrar som, genom att utan objektiv motivering göra den allmänna trafikplikten alltför betungande för potentiella leverantörer, avskräcker dem från att delta i anbudsförfarandet. Om så sker uppfyller förfarandet inte sitt grundläggande syfte att göra det möjligt att välja det mest fördelaktiga anbudet (med hänsyn till fullgörandet av den allmänna trafikplikten).

75. För att avgöra om det föreligger en obalans, och om en sådan är motiverad eller inte, krävs en prövning från fall till fall mot bakgrund av de mål som eftersträvas med kompensationen i förordning nr 1370/2007.

D. Tillämpning på tvisten

76. Den hänskjutande domstolen återger i beslutet om hänskjutande argument för och emot sökandenas anspråk. Bland de första anges följande:

- Den valda modellen och instrumenten för dess genomförande innebär att anbudsgivarna tvingas ta en alltför stor risk när de fastställer priset för tjänsten, i en sådan utsträckning att staten kan anses ha åsidosatt sin skyldighet att ge skälig kompensation för de kostnader som är förenade med tillhandahållandet av kollektivtrafiken.
- Det är inte möjligt att i förväg exakt fastställa priserna på energikällor (bränslen) och de genomsnittliga lönerna i sektorn eller vilka avgifter som ska betalas till den nationella socialförsäkringen under 10 år. I ett ersättningssystem där det endast finns en möjlighet att göra en korrekt omräkning av priserna med flera års mellanrum, och detta endast för några poster, riskerar kostnadsökningen på grund av oprecisa beräkningar att leda till förluster för aktören, även när det är fråga om en effektiv ekonomisk verksamhet.

77. Enligt den hänskjutande domstolen omfattar motargumenten bland annat följande:

- I kommissionens riktlinjer betonas begreppen kvalitet och effektivitet vid tillhandahållandet av tjänster. De behöriga myndigheterna ska hitta en modell som garanterar en tjänst med kvalitet och samtidigt motivera tjänsteleverantörerna att förbättra tillhandahållandet av sina tjänster. De ersättningsregler som föreskrivs i förordning nr 1370/2007 ger de behöriga myndigheterna ett visst handlingsutrymme.
- Inledandet av ett öppet anbudsförfarande är en del av genomförandet av utvecklingen av nationella kollektivtrafiktjänster i Lettland. Staten har beslutat att när det gäller utformningen av det enhetliga linjenätet med gemensamma kvalitetskrav för det regionala busslinjenätet ska den möjliga ersättningen för tillhandahållande av dessa tjänster, från och med 2021, baseras på en avtalsmodell som bygger på skillnaden mellan det avtalspris som transportföretaget

⁵³ Vid avtal om allmän trafikplikt kan den alltför stora obalansen till förmån för den upphandlande myndigheten begränsa konkurrensen, eftersom de ekonomiska aktörerna i allmänhet inte kommer att vara beredda att göra förluster.

föreslagit i det öppna anbudsförfarandet och de intäkter som kollektivtrafiken genererar.⁵⁴

- Det är inte förbjudet för anbudsgivarna att vid beräkningen av anbudspriset beakta kostnaden för den risk som de tar genom att fastställa ett specifikt pris för en viss period. Detta innebär att anbudsgivarna inte på ett exakt sätt behöver förutse de kostnader som ingår i anbudspriset för de kommande tio åren, utan uppmantras att överväga vad anbudsgivarens pris kan bli under föränderliga ekonomiska och affärsmässiga förhållanden.
- Det är emellertid också möjligt att dessa överväganden avseende risken inte helt utesluter möjligheten att det föreslagna kompenstationssystemet inte täcker alla förluster som näringsidkaren lider inom ramen för fullgörandet av avtalet. Inom ramen för ett anbudsförfarande är det möjligt att anbudsgivarna, i hopp om att bli utvalda, är ovilliga att erbjuda ett avtalspris som kan förebygga en sådan risk. Till följd av detta kan det befaras att tillgången till eller kvaliteten på tjänsterna kommer att försämrast.

78. För egen del anser jag, i linje med vad som anförts ovan, att de behöriga myndigheterna inte är skyldiga att till förmån för den som tillhandahåller kollektivtrafik inrätta mekanismer för en *fullständig* indexering av de kostnader som ligger till grund för det avtalade priset.

79. Enligt förordning nr 1370/2007 krävs det inte att avtalet om tillhandahållande av tjänster innehåller fullständiga indexeringsklausuler som fungerar som en "försäkring" mot ökning av bränslekostnaderna, lönerna eller de sociala avgifterna. Den upphandlande myndigheten kan, inom ramen för sitt utrymme för skönsässig bedömning, överväga en sådan indexering som görs delvis, endast för vissa perioder och under förutsättning att kostnadsökningarna överskrider ett visst tak.⁵⁵

80. Det finns, återigen, ingen skyldighet att säkerställa full ersättning för alla ökade kostnader för tillhandahållandet av tjänsten. En nationell ordning för avtal om allmän trafik som tilldelas genom öppet anbudsförfarande, som till skillnad från den ordning som tidigare gällde i Lettland⁵⁶ inte helt eliminerar risken för att tjänsteleverantören ådrar sig förluster, är följaktligen förenlig med förordning nr 1370/2007.

81. Det är inte uteslutet att det inom ramen för denna modell uppkommer situationer där näringsidkaren får bära risker. Modellen är emellertid, vid en abstrakt bedömning, förenlig med förordning nr 1370/2007, som tillåter en ersättning som inte är total, under förutsättning att den fungerar som ett effektivitetsincitament.

⁵⁴ Satiksmes ministrijas informativais ziņojums "Par reģionālās nozīmes sabiedriskā transporta pakalpojumu attīstību 2021.-2030.gadam" (informationsdokument från transportministeriet "om utveckling av regionala kollektivtrafiktjänster för perioden 2021–2030"), tillgängligt på <http://tap.mk.gov.lv/mk/tap/?pid=40473219>. Det omtvistade förfrågningsunderlaget offentliggjordes år 2019. Vid förhandlingen förklarade den upphandlande myndigheten och den lettiska regeringen att det redan då var möjligt att tillämpa den nya ersättningsmodellen (som beskrivs i detta informationsdokument) på avtal som skulle genomföras från och med 2021. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida 2019 års förfrågningsunderlag omfattades av det nya systemet eller av det gamla systemet.

⁵⁵ Se punkt 66 i detta förslag till avgörande.

⁵⁶ Beslutet om hänskjutande, punkt 13: "Denna ändring beror på att tjänsteleverantörerna fram till nu i huvudsak bedrivit verksamhet utan risk, eftersom staten kompenserat för alla kostnader (prisökningar och sjunkande efterfrågan). För att säkerställa en effektivare användning av allmänna medel bör det emellertid säkerställas att det framför allt är de som tillhandahåller transporttjänster som själva är intresserade av att uppnå kommersiella mål". Såsom jag har påpekat i fotnot 54 ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida den rättsliga prövningen av förfrågningsunderlaget ska göras mot bakgrund av de rättsliga kriterier som gäller före eller efter 2021.

82. På frågan om en sådan modell tvingar anbudsgivarna att ta en alltför stor risk när de fastställer priset på tjänsten är det första svaret att det inte är obligatoriskt att delta i anbudsförfarandet och att de sökande måste överväga om de har ett intresse av att delta i anbudsförfarandet eller inte.⁵⁷

83. För det andra, som jag förklarade ovan, utformar anbudsgivarna, med tillräcklig information, sina anbud mot bakgrund av alla relevanta faktorer, inklusive en framtida ökning av kostnaderna för tjänsten och den motsvarande riskpremien. De ska för en viss period göra en prognos över de kostnader som påverkar priset på tjänsten, inbegripet de kostnader vars utveckling (uppåt eller nedåt) de inte har något inflytande över.

84. En sådan bedömning av framtida kostnader kommer oundvikligen också att omfatta kostnader vars ökning inte beror på företagen, det vill säga kostnader som inte är direkt kopplade till "transportföretagets operativa effektivitet".⁵⁸ Jag upprepar dock att förordning nr 1370/2007 inte innehåller något krav på ersättning för exakta kostnader. Om ersättningen till följd av dessa höjningar blir lägre än de kostnader som företaget beräknat, måste företaget göra besparingar på andra poster som den har inflytande över.

85. Dessa överväganden utgör inte hinder för den hänskjutande domstolen att, mot bakgrund av villkoren i förfrågningsunderlaget (och de ekonomiska beräkningar som ligger till grund för dessa), bedöma deras eventuella avskräckande effekt inom ramen för anbudsförfarandet i dess helhet.⁵⁹ Dess analys kan leda till bedömningen att ersättningen för den allmänna trafikplikten, på grund av dess uppenbara otillräcklighet, minskar tillgången till eller kvaliteten på tjänsten till orimliga nivåer eller på ett konstlat sätt begränsar antalet anbudsgivare.

86. EU-domstolen får inte träda i den hänskjutande domstolens ställe vid bedömningen av huruvida innehållet i det aktuella förfrågningsunderlaget var bristfälligt i dessa avseenden och därför inte gjorde det möjligt att välja det mest fördelaktiga anbudet. Allt tyder på att så inte var fallet i förevarande fall (det fanns i själva verket flera budgivare som fritt formulerade sina anbud), men jag upprepar att detta är något som endast den nationella domstolen har möjlighet att avgöra.

V. Förslag till avgörande

87. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att Augstākā tiesa (Senāts) (Högsta domstolen, Lettland) ska ges följande svar:

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, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/2338 av den 14 december 2016,

ska tolkas så,

⁵⁷ Vid förhandlingen bekräftade såväl Dobeles som den upphandlande myndigheten och den lettiska regeringen att flera anbudsgivare (däribland klagandena) hade deltagit i det upphandlingsförfarandet vars förfrågningsunderlag hade ifrågasatts.

⁵⁸ Såsom Dobeles har angett i punkt 11 i sitt skriftliga yttrande.

⁵⁹ Det är i själva verket den upphandlande myndigheten som, mot bakgrund av sådana indikationer som avsaknad av anbud, att det bara finns ett enda anbud eller ett generellt förslag till anbud som inte motsvarar vad den förutsett, måste överväga huruvida villkoren i förfrågningsunderlaget i praktiken är oacceptabla.

att den tillåter att det, i förfrågningsunderlaget för upphandlingen, genom ett öppet anbudsförfarande, av ett avtal avseende kollektivtrafik med buss, inte ingår någon klausul om regelbunden indexjustering av samtliga kostnader, inbegripet de kostnader som ligger utanför den tjänsteleverantörens kontroll, som motprestation för den allmänna trafikplikt som utgör föremålet för det avtalet.