Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 13 september 2018 [1]

Förenade målen C-266/17 och C-267/17

Rhein-Sieg-Kreis
mot
Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH,
BVR Busverkehr Rheinland GmbH (C-266/17),
ytterligare deltagare i rättegången:
Regionalverkehr Köln GmbH
och
Rhenus Veniro GmbH & Co. KG
mot
Kreis Heinsberg (C-267/17),
ytterligare deltagare i rättegången:
WestVerkehr GmbH

(begäran om förhandsavgörande från Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Förbundsrepubliken Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Transporter – Kollektivtrafik på väg – Direkttilldelning av avtal om allmän trafik: internt företag – Villkor för tillämpning av förordning (EG) nr 1370/2007 – Kontroll utövad på samma sätt – Efterföljande tilldelning till det interna företaget – Tidpunkt vid vilken det ska bedömas om villkoren för direkttilldelning är uppfyllda”

1. Begäran om förhandsavgörande i dessa båda mål har föranletts av två avtal om kollektivtrafik med buss som lokala tyska myndigheter har direkttilldelat (eller håller på att tilldela) sina respektive ”interna företag”. Den hänskjutande domstolen betonar att inget av dessa avtal i juridisk mening är att betrakta som ett koncessionsavtal om transporttjänster.

2. Den ökade användningen av direkttilldelning, genom vilken den fria konkurrensen kringgås och kommunala transportföretag gynnas, är bekymmersam enligt de övriga företagen inom sektorn, vilka är privatägda och upplever att deras marknadsandel minskar, samtidigt som de offentligägda företagen bibehåller eller ökar sin andel.

3. Den hänskjutande domstolen vill för det första och framför allt få klarlagt huruvida direkttilldelningen av sådana avtal till interna företag omfattas av *lex specialis*, vilket i det här fallet skulle vara artikel 5 i förordning nr 1370/2007, [2] av de allmänna direktiven om offentlig upphandling eller av reglerna i FEUF. Utöver denna huvudfrågeställning, handlar dess frågor om andra aspekter av förhållandet mellan de lokala myndigheterna och deras interna företag.

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) (nedan kallad förordningen).

I. Tillämpliga unionsbestämmelser: Förordning nr 1370/2007

4. Artikel 2 har följande lydelse:

”I denna förordning gäller följande definitioner:

…

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.

c) *behörig lokal myndighet*: en behörig myndighet vars geografiska behörighetsområde inte är nationellt.

…

h) *direkttilldelning*: tilldelning av avtal om allmän trafik till ett kollektivtrafikföretag utan konkurrensutsatt anbudsförfarande.

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. …

j) *internt företag*: en i rättsligt hänseende fristående enhet som den behöriga lokala myndigheten – eller om det gäller en grupp av myndigheter åtminstone en behörig lokal myndighet – kontrollerar på samma sätt som sina egna avdelningar.

…”

5. Artikel 4 föreskriver följande:

”…

7. … 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. …”

6. Artikel 5 har följande lydelse:

”1. 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 [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)] eller [Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114)] 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] eller [direktiv 2004/18] ska bestämmelserna i punkterna 2–6 i denna artikel inte tillämpas.

2. Om det inte är förbjudet enligt nationell lagstiftning får behöriga lokala myndigheter, oavsett om det är en enskild myndighet eller en grupp av myndigheter som tillhandahåller integrerad kollektivtrafik, besluta att själva tillhandahålla kollektivtrafik eller att genom direkttilldelning av avtal om allmän trafik uppdra åt en i rättsligt hänseende fristående enhet som den behöriga lokala myndigheten – eller om det gäller en grupp av myndigheter åtminstone en behörig lokal myndighet – kontrollerar på samma sätt som sina egna avdelningar. När en behörig lokal myndighet fattar ett sådant beslut ska följande gälla:

a) För att avgöra om den behöriga lokala myndigheten utövar sådan kontroll ska bland annat följande faktorer bedömas: representationsnivå i förvaltnings-, lednings- och kontrollorgan, stadgans bestämmelser om detta, ägandeförhållanden, faktiskt inflytande och faktisk påverkan på strategiska beslut och enskilda verksamhetsbeslut. I enlighet med gemenskapslagstiftningen är 100 % ägande av den behöriga offentliga myndigheten, i synnerhet när det gäller offentlig-privata partnerskap, inte ett obligatoriskt krav för att etablera kontroll i den mening som avses i denna punkt, förutsatt att kontroll kan etableras på grundval av andra kriterier.

b) Villkoret för att denna punkt ska tillämpas är att det interna företaget och eventuella enheter över vilka detta företag utövar ett mycket litet inflytande bedriver sin kollektivtrafik inom den behöriga lokala myndighetens territorium, utan hinder av eventuella utgående linjer eller andra underordnade delar av denna verksamhet som sträcker sig in på angränsande behöriga lokala myndigheters territorium, och inte deltar i konkurrensutsatta anbudsförfaranden som avser tillhandahållande av kollektivtrafik som organiseras utanför den behöriga lokala myndighetens territorium.

c) Utan hinder av vad som sägs i punkt b får ett internt företag delta i rättvisa konkurrensutsatta anbudsförfaranden två år innan dess direkttilldelade avtal om allmän trafik löper ut, under förutsättning att ett definitivt beslut har fattats om att den kollektivtrafik som omfattas av det interna företagets avtal ska underkastas ett rättvist konkurrensutsatt anbudsförfarande och att det interna företaget inte har ingått något annat direkttilldelat avtal om allmän trafik.

…

e) Då det är fråga om utläggande på entreprenad i enlighet med artikel 4.7 är det interna företaget skyldigt att självt tillhandahålla större delen av kollektivtrafiken.

3. När behöriga myndigheter anlitar en annan tredje part än ett internt företag, ska avtal om allmän trafik tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt anbudsförfarande, utom i de fall som anges i punkterna 4, 5 och 6. Det konkurrensutsatta anbudsförfarandet ska vara öppet för alla företag, det ska vara rättvist och följa principerna om insyn och icke-diskriminering. Efter anbudsinlämningen och ett eventuellt förurval kan förhandlingar föras i enlighet med nämnda principer för att avgöra hur specifika eller komplicerade krav kan uppfyllas på bästa sätt.

…”

7. I artikel 7 föreskrivs följande:

”…

2. Varje behörig myndighet ska se till att åtminstone följande uppgifter offentliggörs i *Europeiska unionens officiella tidning* senast ett år innan det fria anbudsförfarandet inleds respektive innan ett avtal direkttilldelas:

a) Den behöriga myndighetens namn och adress.

b) Planerad tilldelningsmetod.

c) Tjänster och geografiska områden som kan omfattas av avtalet.

…”

8. I artikel 8 föreskrivs följande:

”…

2. Utan att det påverkar tillämpningen av punkt 3 ska avtal om allmän trafik på järnväg och väg tilldelas i enlighet med artikel 5 från och med 3 december 2019. Under denna övergångsperiod ska medlemsstaterna vidta åtgärder för att successivt följa artikel 5 för att undvika allvarliga strukturella problem, särskilt när det gäller transportkapaciteten.

Inom sex månader efter utgången av den första hälften av övergångsperioden ska medlemsstaterna till kommissionen överlämna en lägesrapport, i vilken genomförandet av den successiva tilldelningen av avtal om allmän trafik i enlighet med artikel 5 belyses. På grundval av medlemsstaternas lägesrapporter får kommissionen föreslå lämpliga åtgärder som riktas till medlemsstaterna.

3. Vid tillämpningen av punkt 2 ska hänsyn inte tas till avtal om allmän trafik som tilldelats i enlighet med gemenskapslagstiftning och nationell lagstiftning

a) före den 26 juli 2000 på grundval av ett rättvist konkurrensutsatt anbudsförfarande,

b) före den 26 juli 2000 på grundval av ett annat förfarande än ett rättvist konkurrensutsatt anbudsförfarande,

c) från och med den 26 juli 2000 och före den 3 december 2009, på grundval av ett rättvist konkurrensutsatt anbudsförfarande,

d) från och med den 26 juli 2000 och före den 3 december 2009, på grundval av ett annat förfarande än ett rättvist konkurrensutsatt anbudsförfarande.

De avtal som avses i led a får fortsätta att gälla till slutet av sin löptid. De avtal som avses i leden b och c får fortsätta att gälla till slutet av sin löptid, men inte längre än 30 år. De avtal som avses i led d får fortsätta att gälla till slutet av sin löptid, förutsatt att löptiden är begränsad och motsvarar de löptider som anges i artikel 4.

Avtal om allmän trafik får fortsätta att gälla till slutet av sin löptid om uppsägningen av dem skulle medföra orimliga rättsliga eller ekonomiska konsekvenser och under förutsättning att kommissionen har gett sitt godkännande.

…”

II. Faktiska omständigheter i det nationella målet och tolkningsfrågor

A. I mål C-266/17

9. Rhein-Sieg-Kreis (Rhein-Sieg-distriktet) är en regional myndighet i Nordrhein-Westfalen som enligt den nationella lagstiftningen är att betrakta som behörig myndighet inom sitt geografiska område, i den mening som avses i förordningen.

10. Rhein-Sieg-Kreis har ett internt företag (Regionalverkehr Köln GmbH, nedan kallat RV Köln) som är en egen juridisk person.[3] Enligt beslutet att begära förhandsavgörande utövar Rhein-Sieg-Kreis kontroll över RV Köln”på ett sätt som motsvarar kontrollen som den utövar över sina egna enheter, i form av en gemensam kontroll tillsammans med de andra delägarna”.[4]

11. Dessutom utgör Rhein-Sieg-Kreis tillsammans med andra regionala myndigheter ett kommunalförbund (Verkehrsverbund Rhein-Sieg) som bland annat ansvarar för uppgifter relaterade till taxor men som inte har till uppgift att genomföra transporter.

12. Rhein-Sieg-Kreis tillkännagav[5] att myndigheten hade för avsikt att i enlighet med artikel 5.2 i förordningen göra en direkttilldelning av ett avtal om kollektivtrafiktjänster ”inom sitt område med utgående linjer till angränsande områden”.[6]

13. RV Köln tillhandahåller kollektivtrafiktjänster som tilldelats inom distriktet, samt utgående linjer eller andra underordnade delar av denna verksamhet som utförs på angränsande behöriga lokala myndigheters territorium.[7]

14. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH och BVR Busverkehr Rheinland GmbH överklagade meddelandet om tilldelning till Vergabekammer Rheinland (nämnd för offentlig upphandling i förbundslandet Rheinland, Tyskland), som förbjöd direkttilldelningen av avtalet till det interna företaget på grund av att villkoren för tillämpning av artikel 5.2 i förordningen inte var uppfyllda. Den regionala myndigheten utövade nämligen inte kontroll över det interna företaget och tillhandahållandet av kollektivtrafiktjänster skedde inom andra områden än den upphandlande enhetens område.

15. Vergabekammer Rheinlands beslut överklagades till den hänskjutande domstolen. Den hänskjutande domstolen har påpekat att avtal om kollektivtrafik på väg som inte tilldelas i form av koncessionsavtal behandlas på olika sätt i tysk rättspraxis.

– Enligt vissa domstolar är förordningen bara tillämplig vid koncessionsavtal. I andra fall än vid koncession tillämpas de allmänna bestämmelserna i upphandlingsdirektiven.

– Andra domstolar anser att artikel 5.2 i förordningen föreskriver en lex specialis som har företräde framför de allmänna bestämmelserna. Hänvisningen till upphandlingsdirektiven i artikel 5.1 saknar betydelse i fall som det här aktuella, eftersom de direktiven inte är tillämpliga på interna tilldelningar.

16. Mot bakgrund av detta har Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf) hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 tillämplig på avtal som inte är sådana avtal som avses i artikel 5.1 första meningen i förordning (EG) nr 1370/2007 och som tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster i enlighet med direktiv 2004/17/EG eller 2004/18/EG?

3 Det är ett bolag med begränsat ansvar i vilket olika offentliga organ är delägare tillsammans med Rhein-Sieg-Kreis (som är indirekt delägare via att helägt dotterbolag).

4 Punkt 20 i beslutet att begära förhandsavgörande.

5 Meddelande i bilagan till *Europeiska unionens officiella tidning* av den 30 september 2015.

6 Punkt 10 i beslutet att begära förhandsavgörande.

7 *Ibidem*, punkt 22.

Om den första tolkningsfrågan ska besvaras jakande:

2) Utgör den omständigheten, att en enskild ansvarig myndighet enligt artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 tilldelar ett avtal om allmän trafik direkt till ett internt företag, hinder för denna myndighets gemensamma kontroll tillsammans med de andra delägarna till det interna företaget, om befogenheten att ingripa på kollektivtrafikmarknaden inom ett givet geografiskt område (artikel 2 b och c i förordning (EG) nr 1370/2007) är uppdelad mellan den enskilda ansvariga myndigheten och en grupp av myndigheter som tillhandahåller integrerade kollektivtrafiktjänster, till exempel genom att befogenheten att tilldela avtal om allmän trafik till ett internt företag kvarstår hos den enskilda ansvariga myndigheten, medan uppgifter relaterade till taxor överförs till ett kommunalt trafikförbund till vilket, förutom den enskilda myndigheten, även andra ansvariga myndigheter inom dess geografiska område hör?

3) Utgör den omständigheten, att en enskild ansvarig myndighet enligt artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 tilldelar ett avtal om allmän trafik direkt till ett internt företag, hinder för denna myndighets gemensamma kontroll tillsammans med de andra delägarna till det interna företaget, om det enligt det interna företagets bolagsordning endast är de delägare som själva eller vars indirekta eller direkta ägare tilldelar ett avtal om allmän trafik enligt artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 som är röstberättigade vid beslut om ingående, ändring eller uppsägning av avtal om allmän trafik enligt artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007?

4) Tillåter artikel 5.2 andra meningen b i förordning (EG) nr 1370/2007 att det interna företaget även utför kollektivtrafiktjänster för andra behöriga lokala myndigheter inom dess behörighetsområde (inklusive utgående linjer eller andra underordnade delar av denna verksamhet som sträcker sig in på angränsande behöriga lokala myndigheters territorium), om dessa inte tilldelas genom ett konkurrensutsatt anbudsförfarande?

5) Tillåter artikel 5.2 andra meningen b i förordning (EG) nr 1370/2007 att det interna företaget utför kollektivtrafiktjänster för andra myndigheter som organiserar tjänster utanför den uppdragande myndighetens behörighetsområde på grundval av tjänsteavtal som omfattas av övergångsbestämmelsen i artikel 8.3 i förordning (EG) nr 1370/2007?

6) Vid vilken tidpunkt måste förutsättningarna i artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 vara uppfyllda?”

B. I mål C-267/17

17. Kreis Heinsberg (Heinsberg-distriktet) är en kommunal territoriell enhet i Nordrhein Westfalen. Kreis Heinsberg är, förutom Stadt Aachen, Städteregion Aachen och Kreis Düren, medlem i Zweckverband Aachener Verkehrsverbund, som bildades för att främja och stödja medlemmarnas kollektivtrafik. [8]

18. Kreis Heinsberg offentliggjorde den 15 mars 2016 [9] förhandsinformation utan anbudsinfordran om planerad direkttilldelning av avtal om kollektivtrafik med buss och andra motorfordon i enlighet med artikel 5.2 i förordningen.

8 I sammanslutningens stadga anges följande i 10 §, som har rubriken ”Bildung einer Behördengruppe” (bildande av en grupp myndigheter): ”Sammanslutningens medlemmar bildar en grupp myndigheter i den mening som avses i artikel 5.2 första meningen i [förordningen]. Dess medlemmar har rätt att företa direkttilldelning av avtal om allmän trafik till interna företag. Interna företag får tillhandahålla kollektivtrafik på alla medlemmars områden som sträcker sig längre än avgående linjer. För detta krävs i enskilda fall att en medlem som inte ingår i det interna företaget samtycker till den kollektiva persontransport på väg som planeras på dess område. Direkttilldelning i ovanstående bemärkelse ska anses vara beslutad av alla medlemmar i sammanslutningen.” Vidare anges att ”i normala fall ska upphandlingar genomföras av den medlem som kontrollerar det interna företaget i den mening som avses i artikel 5.2 i [förordningen] och som fungerar som upphandlande enhet enligt artikel 5.2 i förordningen”.

9 Meddelande som offentliggjordes i tillägg till *Europeiska unionens officiella tidning* av den 15 mars 2016.

19. Det interna företag [10] som skulle tilldelas avtalet om kollektivtrafik var WestVerkehr GmbH, vilket i första hand bedrev sin verksamhet genom sitt helägda dotterbolag Kreisverkehrsgesellschaft Heinsberg mbH och hade för avsikt att fortsätta att göra det efter direkttilldelningen. Avtalet skulle börja gälla den 1 januari 2018 och tilldelas för 120 månader.

20. Rhenus Veniro GmbH överklagade tilldelningen till Vergabekammer Rheinland, som ogillade överklagandet den 11 november 2016, varvid Rhenus Veniro GmbH vände sig till Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala översdomstolen i Düsseldorf) och anförde följande: a) Artikel 5.2 i förordningen är inte tillämplig. b) I andra hand att Kreis Heinsberg, i egenskap av medlem i Aachener Verkehrsverbund, inte har behörighet att direkttilldela avtalet, eftersom denna behörighet tillkommer en enskild myndighet eller en grupp av myndigheter, men inte en myndighet i egenskap av medlem i en grupp.

21. Mot bakgrund av detta har Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala översdomstolen i Düsseldorf) hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 tillämplig på direkttilldelning av avtal om allmän trafik i den mening som avses i artikel 2 i) i förordningen vilka inte, i den mening som avses i artikel 5.1 andra meningen, tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster enligt direktiven 2004/17/EG eller 2004/18/EG?

2) Utgår artiklarna 2 b och 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 genom ordet ”eller” från att antingen en enskild myndighet eller en grupp av myndigheter ska ha exklusiv behörighet, eller kan enligt dessa bestämmelser en enskild myndighet också ingå i en grupp av myndigheter och överlåta enstaka uppgifter åt gruppen, men samtidigt enligt artikel 2 b fortfarande ha befogenhet att ingripa och utgöra en behörig lokal myndighet i den mening som avses i artikel 5.2 i förordningen?

3) Utesluter artikel 5.2 andra meningen e i förordning (EG) nr 1370/2007, genom skyldigheten för det interna företaget att självt tillhandahålla större delen av kollektivtrafiken, att det interna företaget låter tillhandahålla denna större del av trafiken genom ett helägt dotterbolag?

4) Vid vilken tidpunkt ska villkoren för direkttilldelning i artikel 5.2 i förordning (EG) nr 1370/2007 vara uppfyllda? Redan när det offentliggörs att direkttilldelning i enlighet med artikel 7 i förordning (EG) nr 1370/2007 planeras, eller först när själva direkttilldelningen äger rum?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

22. Besluten att begära förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 17 maj 2017 och det beslutades att målen skulle förenas.

23. Skriftliga yttranden har inkommit från Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, Kreis Rhein-Sieg och Kreis Heinsberg, den österrikiska regeringen samt Europeiska kommissionen.

24. Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, BVR Busverkehr Rheinland GmbH, Kreis Rhein-Sieg-Kreis och Kreis Heinsberg, samt Europeiska kommissionen närvarade vid förhandlingen den 31 maj 2018.

10 Vid förhandlingen ifrågasatte en av parterna om det företag som tilldelats avtalet kunde betecknas som ett internt företag. Enligt den hänskjutande domstolen är denna fråga inte tvistig mellan parterna.

IV. Bedömning

A. Förordningens tillämplighet (den första tolkningsfrågan i målen C-266/17 och C-267/17)

25. Utgångspunkten i dessa två mål är att rättsförhållandet mellan den upphandlande myndigheten och det företag som fått i uppdrag att tillhandahålla kollektivtrafik på väg, enligt den hänskjutande domstolen inte motsvarar en tjänstekoncession utan ett avtal om allmän trafik.

26. Om så är fallet är artikel 5.1 i förordningen tillämplig, vilket i princip medför att tilldelningen av avtalet om allmän trafik ska ske i enlighet med direktiven 2004/17 och 2004/18.[11]

27. Problemet är att dessa två direktiv, till skillnad från de senare direktiven från 2014,[12] inte föreskriver att sådana avtal får tilldelas direkt till interna företag (även kallade *in house*-företag). I en sådan situation finns två olika alternativ:

– Att använda sig av den rättspraxis[13] som i den normativa situation som rådde före 2014 års upphandlingsdirektiv fastställde gränserna för direkttilldelning, när det enbart rörde sig om ett internt instrument för den upphandlande myndighet som kontrollerar det. I domen Teckal, som just avser ett undantag från tillämpningen av direktiven 2004/17 och 2004/18, finns vissa riktlinjer som domstolen på egen hand har utarbetat för att göra det möjligt för offentliga myndigheter att ge sina administrativa enheter den här typen av uppdrag.

– Att tillämpa de särskilda bestämmelserna i förordningen om den här typen av tilldelningar till interna företag.

28. Som framgår av den oenighet bland de tyska domstolarna som nämns i besluten att begära förhandsavgörande är lösningen på problemet inte uppenbar och regelverken skiljer sig avsevärt åt i de båda fallen. Annorlunda hade det förhållit sig om 2014 års direktiv hade kunnat tillämpas på de tvister som har föranlett detta mål om förhandsavgörande, eftersom de viktigaste delarna av domen Teckal formellt har förts in där med vissa nyanseringar.[14]

11 I den bestämmelsen föreskrivs det att ”[t]jänsteavtal eller avtal om allmän trafik enligt definitionen i direktiven 2004/17/EG eller 2004/18/EG avseende kollektivtrafik med buss eller spårvagn ska … 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”. Min kursivering.

12 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) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243) (nedan kallade 2014 års direktiv).

13 Dom av den 18 november 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562; nedan kallad domen Teckal).

14 I direktiv 2014/24 regleras i artikel 12 ”offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn”. Direktiv 2014/25 innehåller bestämmelser om ”kontrakt mellan upphandlande myndigheter” i artikel 28.

29. I det fallet skulle det utan vidare ha kunnat godtas att hänvisningen till 2004 års direktiv i artikel 5.1 i förordningen skulle anses vara en hänvisning till 2014 års direktiv, när dessa väl trätt i kraft.[15] Eftersom dessa redan innehåller uttryckliga regler för tilldelning av offentliga kontrakt till *in house*-företag, skulle det då behöva klargöras huruvida dessa har företräde framför reglerna i artikel 5.2 i förordningen.[16] 2014 års direktiv kan emellertid av tidsmässiga skäl inte tillämpas i förevarande mål.[17]

30. Domstolen har slagit fast att ”det tillämpliga direktivet i princip är det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet (dom [av den 11 juli 2013] kommissionen/Nederländerna, C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 52 och där angiven rättspraxis). Efter det att fristen för att införliva ett direktiv har löpt ut är däremot bestämmelserna i direktivet inte längre tillämpliga (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkterna 41 och 42)”.[18]

31. Av de båda besluten att begära förhandsavgörande framgår att meddelandena om direkttilldelning skedde innan fristen för införlivande av 2014 års direktiv hade löpt ut.[19] Det finns heller inga objektiva uppgifter som visar att den upphandlande myndigheten skulle ha agerat på något annat sätt än det som angavs i de meddelandena.

32. Följaktligen bör uppmärksamheten åter riktas mot det alternativ som jag tidigare har beskrivit och det finns ingen möjlighet att använda sig av reglerna i 2014 års direktiv om direkttilldelning till interna företag.

33. De förfaranden som föreskrivs i direktiven 2004/17 och 2004/18 är inte tillämpliga på den här typen av *in house*-tilldelningar. Som jag redogjort för i ett annat förslag till avgörande innebär ”*in house* -systemet … att den upphandlande enheten i funktionellt hänseende inte ingår avtal med en annan enhet. Den ingår i själva verket avtal med sig själv, med hänsyn till den anknytning den har till den andra enheten, vilken formellt sett utgör en egen enhet. Det handlar egentligen inte om en tilldelning av ett kontrakt utan om ett uppdrag, oavsett vilken form detta tar sig … Avsaknaden av ett verkligt förhållande mellan två olika parter, förklarar varför en upphandlande enhet inte är skyldig att underkasta sig de offentliga upphandlingsförfarandena när den använder egna medel för att utföra sina uppgifter”.[20]

34. Följaktligen ska en tilldelning till ett internt företag regleras antingen av domen Teckal eller av de särskilda bestämmelserna i artikel 5.2 i förordningen (när det rör sig om markbunden kollektivtrafik).

35. Även om jag medger att motsidans argument har en viss tyngd, är jag benägen att hävda att artikel 5.2 ska ha företräde. Enligt min uppfattning finns det flera argument som talar för denna ståndpunkt.

15 I meddelande från kommissionen om tolkningsriktlinjer för förordning (EG) nr 1370/2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg (EUT C 92, 2014, s. 1), anges att ”[e]ftersom direktiven som avses i förordning (EG) nr 1370/2007 (direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG) har upphävts och ersatts av ovannämnda direktiv ska hänvisningar i förordning (EG) nr 1370/2007 anses avse de nya direktiven” (punkt 2.1.1).

16 Vid förhandlingen diskuterades huruvida de olika reglerna ska tillämpas samtidigt eller parallellt. Jag anser emellertid inte att det här är rätt tillfälle för att ge sig in i den debatten, till skillnad från vad som hade varit fallet om det hade rört sig om *in house* -tilldelningar efter den 18 april 2016.

17 Enligt kommissionen är artikel 5.2 i förordningen inte tillämplig i dessa fall, eftersom den endast avser koncessioner. Dess ståndpunkt leder i själva verket till ett tidigareläggande av tillämpningen av *in house*-reglerna i 2014 års direktiv på omständigheter som omfattas av 2004 års direktiv. När kommissionen ingående analyserar den andra och de följande tolkningsfrågorna i mål C-267/17 använder den sig paradoxalt nog av innehållet i den bestämmelsen som grund för sina argument.

18 Dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067), punkt 31. Se även dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), punkt 32, med hänvisning till dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), punkt 83.

19 Direktiven skulle införlivas senast den 18 april 2016 och meddelandena om tilldelning i de nationella målen offentliggjordes den 30 september 2015 och den 16 mars 2016.

20 Förslag till avgörande i målet LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319), punkterna 70 och 71.

36. Det första bygger på en bokstavstolkning, *e contrario*, av artikel 5.1 tredje meningen. Om det enbart är när avtal ”ska tilldelas i enlighet med direktiv 2004/17/EG eller 2004/18/EG” som punkterna 2–5 i artikeln inte ska tillämpas,[21] blir dessa punkter åter fullt tillämpliga om de direktiven inte föreskriver direkttilldelning till interna företag, vilket är fallet här. Jag har redan påpekat att domstolen har slagit fast att de båda direktiven inte är tillämpliga på *in house*-uppdrag.

37. För en sådan bokstavstolkning talar formuleringen i artikel 5.1, som anger att avtal om kollektivtrafik med buss ”ska … tilldelas i enlighet med de förfaranden som fastställs i dessa direktiv [2004/17 och 2004/18]”, när dessa avtal inte tilldelas i form av koncessionsavtal. Om de sistnämnda direktiven, såsom här är fallet, inte innehåller något *förfarande* för tilldelning till interna företag, vilka snarast är mekanismer för myndigheterna att själva bedriva trafik, saknar hänvisningen föremål och mening.

38. Så är inte fallet när det rör sig om tilldelningar under konkurrens (det vill säga tilldelningar till andra än interna företag), då hänvisningen får full verkan. Om en myndighet vill tilldela en tredje part ett avtal av det här slaget, som inte har formen av ett koncessionsavtal, ska den göra det med hjälp av de *förfaranden* under konkurrens som (däremot) föreskrivs i direktiven 2004/17 och 2004/18.

39. Det andra argumentet bygger på en systematisk tolkning av de tillämpliga bestämmelserna, kopplad till specialitetsregeln. Om unionslagstiftaren år 2007 (det vill säga efter att 2004 års direktiv hade antagits) försökte införa ett särskilt regelverk för *in house*-tilldelningar av avtal om markbunden kollektivtrafik, anser jag att det regelverket, så som det är utformat i artikel 5.2 i förordningen, i fall av tvivel ska anses ha företräde framför det (allmänna) regelverk som bygger på domen Teckal.

40. Det tredje och sista argumentet bygger på syftet med artikel 5.2 i förordningen. Unionslagstiftaren har, mot bakgrund av särdragen hos kollektivtrafik på väg, velat att ”en nationell myndighet [ska få] välja att själv tillhandahålla kollektivtrafiktjänster inom sitt territorium eller att, utan konkurrensutsatt anbudsförfarande, uppdra åt ett internt företag att tillhandahålla sådana tjänster”. Villkoren för att få använda sig av den sistnämnda mekanismen är tämligen exakta och avspeglar balansen mellan det syftet och syftet att ”garantera rättvisa konkurrensvillkor”.[22]

41. Det är mer förenligt med det syftet att ge företräde åt de särskilda reglerna i förordningen, vilka är avpassade efter särdragen hos kollektivtrafik med buss, än att tillämpa kriterierna i domen Teckal, vilka gäller för andra tjänstesektorer. En av dessa regler är den som medger (och i viss mån främjar) att de lokala myndigheterna går samman för att tilldela ett internt företag över vilket de utövar en kontroll som motsvarar den som de utövar över sin egen verksamhet sådana avtal.

42. Sammanfattningsvis måste en lokal myndighet som vill direkttilldela ett avtal om kollektivtrafik med buss till ett internt företag, uppfylla de villkor som föreskrivs i artikel 5.2 i förordningen.

21 Se dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), punkt 39.

22 Skäl 18 i förordningen.

B. Den lokala myndighetens ingripande vid tilldelningen av avtalet och vid kontrollen över det interna företaget (den andra tolkningsfrågan i målen C-266/17 och C-267/17 och den tredje tolkningsfrågan i mål C-266/17)

43. De lokala enheter (distrikt) som i de här två målen tilldelade (eller hade för avsikt att tilldela) sina interna företag avtalen, hade tillsammans med andra motsvarande enheter bildat kommunalförbund (Verkehrsverbund) som omfattade ett större geografiskt område. Kommunalförbunden hade bland annat getts befogenhet att fastställa gemensamma taxor för kollektivtrafik inom sina respektive territorier. [23]

44. Den hänskjutande domstolen vill veta om denna omständighet utgör hinder för att var och en av de två lokala enheter (distrikt) som ingår i kommunalförbunden tilldelar sina respektive avtal.

45. Som tidigare nämnts får lokala myndigheter, själva eller tillsammans med andra, enligt artikel 5.2 första stycket i förordningen direkttilldela avtal till interna företag som de ”kontrollerar på samma sätt som sina egna avdelningar”.

46. Teoretiskt sett kan jag inte se varför den omständigheten att kommunalförbundet har tilldelats befogenhet att godkänna taxorna, skulle undergräva den kontroll som de enskilda myndigheterna utövar ”på samma sätt” över sitt interna företag. Jag delar således den hänskjutande domstolens uppfattning på denna punkt. Fastställandet av en gemensam taxa, som kommunalförbundet beslutar om, gör att användarna kan få tillgång till en integrerad kollektivtrafik genom att köpa en enda biljett, oberoende av vilket internt företag som utför den och till vilken lokal myndighet som det företaget är knutet.

47. Det viktiga i det här sammanhanget är huruvida varje lokal myndighet (eller i förekommande fall sammanslutningen gemensamt) kontrollerar det interna företaget ”på samma sätt”. Beroende på hur den utformas skulle tilldelningen av befogenheter till kommunalförbundet kunna frånta den lokala myndigheten befogenheter i en sådan omfattning att den inte längre skulle kontrollera det interna företaget på samma sätt som sina egna avdelningar.

48. Om tolkningsfrågan begränsas till överlåtelsen av taxebefogenheter till kommunalförbundet, anser jag inte att den omständigheten måste innebära att myndigheten förlorar kontrollen över det interna företaget. Vidare medverkar varje distrikt, i egenskap av lokal enhet som ingår i kommunalförbundet, i förbundets taxebeslut, vilket visar att de – om än gemensamt – även behåller kontrollen över denna aspekt av kollektivtrafiken.

49. Naturligtvis ankommer det på den nationella domstolen, som är den enda som har kännedom om de adekvata faktiska omständigheterna, att pröva huruvida distriktens kontroll över det interna företaget, enskilt eller tillsammans, kvarstår under de konkreta omständigheterna i de båda nationella målen. [24] I själva verket innehåller besluten att begära förhandsavgörande inte tillräckliga uppgifter för att man ska kunna skapa sig en rättvisande och fullständig bild av förhållandena mellan de lokala myndigheterna och det interna företaget.

50. I detta sammanhang nämns i den tredje tolkningsfrågan i mål C-266/17 en ändring av bolagsordningen för RV Köln som bolagsstämman beslutade om den 21 augusti 2015. Ändringen innebar att endast de delägare som tilldelar ett avtal enligt artikel 5.2 i förordningen var röstberättigade. Den hänskjutande domstolen vill veta om denna ändring av bolagsordningen skulle kunna påverka den kontroll som den upphandlande lokala myndigheten utövar.

23 I besluten att begära förhandsavgörande beskrivs inte räckvidden av dessa befogenheter närmare. Den hänskjutande domstolen nämner bara fastställandet av taxor.

24 De faktorer som ska beaktas ”för att avgöra om den behöriga lokala myndigheten utövar sådan kontroll” anges i artikel 5.2 a i förordningen.

51. Lydelsen av beslutet att begära förhandsavgörande är svårtolkad på denna punkt. Under alla förhållanden anges det i punkt 21 att ”det för närvarande inte [är] möjligt att säga huruvida intervenientens bolagsordning kommer att bestå i dess hittillsvarande lydelse eller i dess nya lydelse av den 21 augusti 2015”. Det har tidigare (punkt 6) angetts att ändringsbeslutet av den 21 augusti 2015 överklagades och att det ”efter domen … tillfälligt [är] utan verkan”.

52. Mot bakgrund av detta [25] skulle frågan kanske kunna betraktas som hypotetisk, eftersom den handlar om en faktisk omständighet (ändringen av bolagsordningen) som den hänskjutande domstolen själv inte anser vara relevant för sin dom, eftersom den inte längre gäller.

53. Under alla förhållanden utgör den nya lydelsen av RV Kölns bolagsordning i förevarande fall bara en bekräftelse på att Rhein-Sieg-Kreis, just på grund av att det var den enheten som tilldelade företaget kontraktet, har rösträtt vid bolagsstämman, vilket innebär att det får utöva den kontroll som krävs över servicebolaget. Den hänskjutande domstolen har med rätta påpekat att ändringen av 17 § stycke 1 tredje meningen i bolagsordningen ”leder till att inflytandet stärks för de delägare som tilldelar avtal om allmän trafik och i vilkas behörighetsområde kollektivtrafiktjänsterna ska utföras”.

C. Det territorium inom vilket det interna företaget får tillhandahålla kollektivtrafiktjänster (den fjärde och den femte tolkningsfrågan i mål C-266/17).

54. Med sin fjärde tolkningsråga i mål C-266/17 vill den hänskjutande domstolen veta om ett internt företag som har direkttilldelats avtalet, får tillhandahålla kollektivtrafiktjänster inte bara inom den upphandlande lokala myndighetens behörighetsområde utan även inom behörighetsområdet för andra lokala enheter som ingår i en grupp.

55. Inte heller på denna punkt är beslutet att begära förhandsavgörande vidare tydligt. Av dess lydelse skulle slutsatsen av följande skäl kunna dras att frågan är hypotetisk:

– I sitt meddelande om tilldelningen angav den lokala enheten att tjänsten skulle tillhandahållas ”inom dess område med utgående linjer till angränsande områden” (punkt 10 i beslutet).

– Den hänskjutande domstolen bekräftar denna uppgift då den anger att det interna företaget ”utför dessa kollektivtrafiktjänster – bortsett från utgående linjer eller andra underordnade delar av denna verksamhet som utövas på angränsande behöriga lokala myndigheters territorium – inom den uppdragsgivande myndighetens territorium” (punkt 22 i beslutet).

56. Det kan emellertid inte uteslutas att syftet med tolkningsfrågan är att få klarlagt huruvida detta bolag, oberoende av om tilldelningen till RV Köln iakttagit denna regel eller inte, är förhindrat att tillhandahålla sina tjänster åt andra lokala enheter, det vill säga att bedriva verksamhet inom dessa enheters territorium.

57. Enligt artikel 5.2 b i förordningen får det interna företaget bara bedriva sin kollektivtrafiksverksamhet inom den behöriga lokala myndighetens territorium. Den sistnämnda kan emellertid vara antingen en enskild lokal enhet eller en grupp av lokala enheter. [26] Det är således inget som hindrar att någon eller några av de lokala enheter som slutit sig samman ger ett enda företag, som är gemensamt för dem alla och som de kontrollerar på samma sätt som sina egna avdelningar, att tillhandahålla tjänsten. I ett sådant fall får det interna företaget bedriva sin verksamhet inom territoriet för var och en av de (sammanslutna) enheter som gett företaget i uppdrag att utföra tjänsten.

25 I sitt skriftliga yttrande i mål C-266/17 gjorde Rhein-Sieg-Kreis gällande att ”till skillnad från vad den hänskjutande domstolen har angett ska den nya versionen av bolagsordningen av den 21 augusti 2015 … tillämpas fullt ut” (punkt 29).

26 Detta föreskrivs uttryckligen i punkt 2 första stycket i samma artikel.

58. För övrigt är denna möjlighet inte något nytt som bara återfinns i förordningen. Domstolen har när den utvecklat den praxis som följer av domen Teckal, medgett att myndigheter får tillhandahålla allmännyttiga tjänster i samarbete med andra och för detta ändamål använda sig av ett gemensamt servicebolag, som de kontrollerar på motsvarande (inte samma) sätt som sina egna avdelningar. [27]

59. Domen Coditel Brabant [28] handlade om ett fall med en lokal enhet som ”hade för avsikt att ansluta sig till en kooperativ mellankommunal sammanslutning, vars medlemmar bestod av andra myndigheter”, för att utföra sina uppgifter. Domstolen slog fast att de lokala enheterna fick utöva en gemensam kontroll, och att den inte behövde vara individuell. [29]

60. Om det interna företaget är ett serviceföretag som är gemensamt för flera lokala enheter och som de (gemensamt) kontrollerar på samma sätt som sina egna avdelningar, ska det territorium som nämns i artikel 5.2 b i förordningen anses vara var och en av dessa enheters territorium.

61. I den femte tolkningsfrågan tycks den hänskjutande domstolen inte längre syfta på de sammanslutna lokala enheternas territorium, utan på andra ”uppdragande myndigheters” territorium, vilka hypotetiskt sett skulle ha ingått avtal med RV Köln om kollektivtrafiktjänster före den 3 december 2003, det vill säga avtal som omfattades av övergångsbestämmelser enligt artikel 8 i förordningen.

62. Den artikeln föreskrev ett antal åtgärder som innebar att de regler om tilldelning som fanns i själva förordningen skulle införas successivt. Det är inte nödvändigt att här gå närmare in på dess innehåll, utan det räcker att nämna att de avtal om allmän trafik som hade tilldelats enligt gemenskapsrätten eller enligt den nationella rätten, i de former som beskrivs och under de perioder som anges i punkt 3 i artikel 8, fick fortsätta fram till dess att de löpte ut, med vissa begränsningar.

63. Eftersom beslutet att begära förhandsavgörande inte innehåller några närmare uppgifter, anser jag att de befintliga avtal som nämns gäller i enlighet med övergångsbestämmelserna i artikel 8 som anges i frågan. Eftersom det finns ett uttryckligt bemyndigande i förordningen som ger stöd för att de avtalen ska fortsätta att gälla, bör det följaktligen tolkas så att den territoriella begränsning som föreskrivs i artikel 5.2 b i den förordningen inte innefattar dem.

D. Tidpunkt då villkoren i artikel 5.2 i förordningen ska vara uppfyllda (den sjätte frågan i mål C-266/17 och den fjärde frågan i mål C-267/17)

64. Den hänskjutande domstolen undrar om villkoren i artikel 5.2 i förordningen ska vara uppfyllda a) vid den tidpunkt då direkttilldelningen sker eller b) vid den tidpunkt då den behöriga myndigheten enligt artikel 7.2 i förordningen ska offentliggöra informationen om den direkttilldelning som den har för avsikt att göra i *Europeiska unionens officiella tidning*.

27 Dom av den 29 april 2007, Asemfo (C-295/05, EU:C:2007:227), punkt 62: ”följer det av rättspraxis att i det fall då flera myndigheter innehar ett företag kan nämnda villkor [att huvuddelen av dess verksamhet skall bedrivas tillsammans med den eller de myndigheter som äger bolaget] vara uppfyllt om detta företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet, inte nödvändigtvis tillsammans med en av dessa myndigheter, men tillsammans med samtliga dessa myndigheter (domen i det ovannämnda målet Carbotermo och Consorzio Alisei [C-340/04, EU:C:2006:308], punkt 70)”.

28 Dom av den 13 november 2008 (C-324/07, EU:C:2008:621).

29 *Ibidem*, punkt 54 och domslutet: ”I det fall en offentlig myndighet ansluter sig till en kooperativ mellankommunal sammanslutning vars samtliga medlemmar är offentliga myndigheter, i syfte att överlåta tillhandahållandet av en offentlig tjänst till sammanslutningen – den kontroll som de myndigheter som är anslutna till sammanslutningen utövar över denna kan, för att anses motsvara den kontroll som myndigheterna utövar över sin egen förvaltning, utövas gemensamt av dessa myndigheter genom, i förekommande fall, majoritetsbeslut.”

65. I artikel 7.2 anges vilka uppgifter som den behöriga myndigheten ska offentliggöra i meddelandet (minst ett år före direkttilldelningen), men det krävs inte att den anger vem som ska tilldelas avtalet. Det finns inget som hindrar den lokala myndigheten från att strukturera sina serviceföretag på ett visst sätt under den tid som förflyter mellan meddelandet och tilldelningen. Det viktiga är att det interna företag som slutligen väljs ut uppfyller de lagstadgade villkoren (bland annat att det kontrolleras av den myndighet som ger det i uppdrag att utföra tjänsten).

66. Jag anser att en gemensam tolkning av artikel 5.2 och artikel 7.2 i förordningen visar att den tidpunkt då villkoren i den förstnämnda bestämmelsen ska vara uppfyllda är just den tidpunkt då direkttilldelningen sker. Det är först då som det blir känt vilken leverantör som valts ut, vilket är den centrala uppgiften för att kunna klarlägga huruvida den behöriga myndigheten mot bakgrund av omständigheterna kontrollerar det på samma sätt som sina egna avdelningar och huruvida det företaget befinner sig i någon av de situationer som nämns i artikel 5.2 b och c i förordningen.

E. Det interna företagets tillhandahållande av tjänsten genom ett dotterbolag (den tredje frågan i mål C-267/17)

67. Det interna företaget WestVerkehr GmbH tillhandahåller i praktiken kollektivtrafiken genom ett helägt dotterbolag. Mot bakgrund av detta samt lydelsen av artikel 5.2 e i förordningen (”Då det är fråga om utläggande på entreprenad … är det interna företaget skyldigt att självt tillhandahålla större delen av kollektivtrafiken.”), undrar den hänskjutande domstolen om den bestämmelsen medger att trafiken tillhandahålls genom ett dotterbolag.

68. Förordningen föreskriver entreprenad som ett sätt att öppna upp för andra företag än det som tilldelats avtalet som är knutna till det sistnämnda företaget genom ett avtalsförhållande. Underleverantörsföretagen får emellertid inte tillhandahålla mer än en begränsad andel av trafiken, av följande skäl:

– Om det företag som har tilldelats avtalet är ett självständigt företag, det vill säga inte ett internt företag, ”ska det … vara skyldigt att självt tillhandahålla *en stor del* av kollektivtrafiken” [artikel 4.7]. [30]

– Om det företag som tilldelats avtalet däremot är ett internt företag ”är det … skyldigt att självt tillhandahålla *större delen* av kollektivtrafiken” [artikel 5.2 e].

69. I själva verket anser jag emellertid inte att det föreligger en entreprenad i ett fall som detta. Jag instämmer med den uppfattning som Kreis Heinsberg har gett uttryck för i sitt skriftliga yttrande, där det påpekar att förhållandet mellan ett dotterbolag som är helägt av det interna företag som kontrollerar det och det företaget inte är att betrakta som en entreprenad. För att det ska föreligga en entreprenad krävs det två självständiga företag, [31] som ”på jämbördiga villkor och utan att den ena enheten är underordnad eller beroende av den andra” [32] gemensamt kommer överens om villkoren för sitt avtalsförhållande.

30 I sin dom av den 27 oktober 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817) prövade domstolen om denna artikel var tillämplig på en upphandling enligt direktiv 2004/18 och slog fast att artikel 7.4 i förordningen inte utgör hinder för att det fastställs att det interna företaget ska tillhandahålla 70 procent av trafiken.

31 När det i skäl 19 i förordningen talas om entreprenad avses deltagande av ”*andra* företag än det kollektivtrafikföretag som tilldelades avtalet”. Min kursivering.

32 Jag hänvisar till mitt förslag till avgörande i målet LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319), punkt 71 och följande punkter.

70. En sådan entreprenad som avses i de ovan citerade artiklarna i förordningen, föreligger när det interna företaget väljer att använda sig av en tredje part, som inte ingår i dess bolagsstruktur, för att tillhandahålla trafiken.[33] Men om det bolag som det interna företaget använder sig av, för detta ändamål, är ett helägt dotterbolag som det helt kontrollerar så att det kan påtvinga det sina företagsbeslut, är det i själva verket i funktionellt hänseende samma ekonomiska och operativa enhet som tillhandahåller trafiken. Det finns således inte någon verklig tredje part som kan anlitas som entreprenör.

71. Under sådana förhållanden utvidgas in house-kopplingen mellan Kreis Heinsberg och dess interna företag (WestVerkehr GmbH) till att omfatta det sistnämnda företagets helägda dotterbolag, som den lokala myndigheten (i andra hand) också kontrollerar på samma sätt som sina (övriga) egna avdelningar.

72. Följaktligen utesluter inte artikel 5.2 andra meningen led e i förordningen att ett internt företag ger ett helägt dotterbolag som det helt kontrollerar i uppdrag att tillhandahålla större delen av den tilldelade trafiken.

V. Förslag till avgörande

73. Mot bakgrund av vad som anförs ovan föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som ställts av Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland) på följande sätt:

”1) Artikel 5.2 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,

– är tillämplig på en direkttilldelning som de behöriga lokala myndigheterna gör till ett internt företag som de kontrollerar på samma sätt som sina egna avdelningar, när det rör sig om avtal om kollektivtrafik som inte tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster enligt definitionen i 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 eller 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster,

– utgör inte hinder för att de lokala myndigheterna ger ett kommunalförbund i vilket de ingår befogenhet att fastställa gemensamma taxor för trafiken, under förutsättning att den rätten inte fråntar dessa myndigheter möjligheten att utöva samma kontroll som över sina egna avdelningar, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva,

– utesluter inte att det interna företag som en lokal myndighet har tilldelat uppdraget att tillhandahålla trafiktjänsten gör det genom ett dotterbolag som det helt kontrollerar, som det kan påtvinga sina beslut och som ägs till 100 procent av det interna företaget,

33 I mitt förslag till avgörande i målet LitSpec Met (C-567/15, EU:C:2017:319), punkt 79, intog jag samma ståndpunkt: ”får den upphandlande myndigheten använda sig av instrumentella enheter, inom de ramar som jag beskrivit ovan, och anförtro dem vissa uppgifter som i princip borde omfattas av offentlig upphandling men som inte gör det. … Om de instrumentella enheterna själva saknar tillräckliga resurser för att utföra uppdragen från den upphandlande myndigheten och tvingas anlita tredje part för att utföra dem, försvagas emellertid de skäl som motiverar in house-undantaget. Vad som då framträder är i själva verket en dold offentlig upphandling (från underleverantörer), där den upphandlande myndigheten via en mellanhand (den instrumentella enheten) köper varorna och tjänsterna av tredje part, utan att underkasta sig de direktiv som borde styra upphandlingen.”

– medger att det interna företaget, i egenskap av instrumentell enhet för alla sammanslutna lokala myndigheter, tillhandahåller kollektivtrafik inom var och en av dessa myndigheters territorium, och

– medger även att det interna företaget fortsätter att tillhandahålla sina tjänster utanför den tilldelande lokala myndighetens behörighetsområde, under förutsättning att det gör det med stöd av avtal som omfattas av övergångsbestämmelserna i artikel 8.3 i förordning nr 1370/2007.

2) Villkoren för direkttilldelning till det interna företaget, enligt artikel 5.2 i förordning nr 1370/2007, ska vara uppfyllda vid den tidpunkt då direkttilldelningen sker.”