

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 13. marts 2008<sup>1</sup>

### I — Indledning

og som undergik ændringer i henholdsvis 2000, 2001 og 2005.

1. I den foreliggende sag har det østrigske Bundesvergabeamt forelagt Domstolen en længere række spørgsmål vedrørende fortolkningen af forskellige fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter. Spørgsmålene angår i det væsentlige fortolkningen af det udbudsretlige begreb »indgåelse«. Det ønskes navnlig oplyst, under hvilke betingelser ændring af en eksisterende kontrakt skal betragtes som indgåelse af en ny offentlig tjenesteydelsesaftale, således at der i givet fald inden indgåelsen skal gennemføres en udbudsprocedure, og virksomheder, som ikke blev valgt, nyder retsbeskyttelse.

### II — Retsforskrifter

#### A — Fællesskabsbestemmelser

2. Baggrunden for den præjudicielle anmodning er en bitter strid angående nyhedsagenturydelser til de østrigske forbundsmyndigheder, under hvilken presstext Nachrichtenagentur, der er relativt ny på det østrigske marked, har grebet til retsmidler for at anfægte det kontraktforhold, som traditionelt har bestået mellem Republikken Østrig og det veletablerede Austria Presse Agentur,

3. De fællesskabsretlige forskrifter, som er relevante for denne sag, findes i to direktiver inden for det udbudsretlige område, nemlig

— Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjene-

1 — Originalsprog: tysk.

steydelsesaftaler<sup>2</sup> (herefter »direktiv 92/50«) og

»[I dette direktiv forstås ved:] »udbud efter forhandling« nationale fremgangsmåder, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte tjenesteydere og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse.«

- Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter<sup>3</sup>, som ændret ved direktiv 92/50<sup>4</sup>.

5. Artikel 3 i direktiv 92/50, der ligeledes findes i direktivets afsnit I, lyder i uddrag som følger:

»1. Ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler eller afholdelse af projektkonkurrencer anvender de ordregivende myndigheder fremgangsmåder, som er tilpasset efter dette direktivs bestemmelser.

Relevante bestemmelser i direktiv 92/50

4. Afsnit I, almindelige bestemmelser, i direktiv 92/50 indeholder følgende definition i artikel 1, litra f):

2. Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere

2 — EFT L 209, s. 1. Dette direktiv blev ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelsesaftaler og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EUT L 134, s. 114. Ændringen skulle imidlertid først være gennemført i national ret pr. 31.1.2006. Da den ikke blev gennemført i østrigsk ret tidligere end krævet, har den ikke betydning for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, der vedrører årene 2000, 2001 og 2005.

3 — EFT L 395, s. 33.

4 — Yderligere ændringer til direktivet findes i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, EUT L 335, s. 31, herefter »direktiv 2007/66«. Sidstnævnte ændringer trådte imidlertid først i kraft den 9.1.2008 og skal gennemføres inden den 20.12.2009; de har således ikke betydning for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

[...]«

6. Direktivets artikel 8, 9 og 10, som er indeholdt i direktiv 92/50's afsnit II, der har overskriften »Todelt anvendelse«, har følgende ordlyd:

»Artikel 8

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.

[...]

Artikel 9

Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.

b) når der er tale om tjenesteydelser, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt tjenesteyder

Artikel 10

[...]«

Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

8. Artikel 31, stk. 3, i direktiv 92/50, der findes i afsnit VI, bestemmer:

7. Direktiv 92/50's afsnit III bærer overskriften »Valg af udbudsprocedure og regler for projektkonkurrencer«. Direktivets artikel 11, stk. 3, har følgende ordlyd:

»Såfremt tjenesteyderen af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.«

Relevante bestemmelser i direktiv 89/665

9. Artikel 1 i direktiv 89/665 bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler [...] med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.

2. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en procedure for tildeling af kontrakter, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sontring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt

eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Medlemsstaterne kan navnlig kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en sådan procedure, på forhånd har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

10. Det hedder i artikel 2 i direktiv 89/665:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger [...]

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

2. De i stk. 1 omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren

»(1) En virksomhed, som har interesse i at indgå en kontrakt, der er omfattet af lovens anvendelsesområde, kan, såfremt den har lidt skade som følge af den påståede lovovertrædelse, anlægge sag med påstand om, at det fastslås, at

[...]

5. Når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, kan medlemsstaterne bestemme, at den anfægtede beslutning først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence hertil.

1. det på grund af tilsidesættelse af denne lov eller bekendtgørelser, der er udstedt i henhold hertil, eller på grund af tilsidesættelse af fællesskabsret, som finder direkte anvendelse i medlemsstaterne, var ulovligt at vælge direkte indgåelse af en aftale eller at vælge en udbudsprocedure uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, eller

[...]«

[...]

## B — *National ret*

11. Fra østrigsk ret fremhæves navnlig § 331 i Bundesvergabegesetz, i den affattelse, der trådte i kraft den 1. februar 2006<sup>5</sup>, herefter »BVergG 2006«, som danner hjemmelen for anerkendelsesproceduren for Bundesvergabeamt. Bestemmelsen lyder i uddrag således:

4. det i henhold til bestemmelserne i denne lov var åbenbart ulovligt at tildele en aftale direkte til en virksomhed, uden at andre virksomheder deltog i aftaleproceduren.«

12. I henhold til § 332, stk. 2 og 3, i BVergG 2006 ophører retten til at opnå anerkendelse i henhold til § 331 i BVergG 2006 senest seks måneder efter tildeling af ordren.

5 — BGBl. I, Nr. 17/2006.

13. Det følger af § 132, stk. 3, i BVergG 2006, at den omstændighed, at der gives medhold i henhold til lovens § 331, stk. 1, nr. 4, bevirker, at kontraktforholdet bliver ugyldigt fra det tidspunkt, hvor afgørelsen får retskraft.

14. Der skal sondres mellem anerkendelsesprocedurer og erstatningssøgsmål, idet sidstnævnte henhører under de østrigske civilretlige domstole, og ikke Bundesvergabeamt. Det følger af § 341, stk. 2, i BVergG 2006, at et erstatningssøgsmål kun kan admitteres, såfremt der forinden er blevet opnået medhold under en anerkendelsesprocedure.

### III — Sagens faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

15. De faktiske omstændigheder i den foreliggende sag kan ifølge den præjudicielle forelæggelseskendelse sammenfattes således.

1. Nyhedsagenturer, der er parter i sagen

16. Austria Presse Agentur (herefter »APA«) blev oprettet som et østrigsk andelselskab<sup>6</sup> efter Anden Verdenskrig<sup>7</sup>, og dets medlemmer omfatter stort set samtlige østrigske dagblade samt tillige Østrigs Radio, ORF. Sammen med koncernselskaberne er APA førende på nyhedsagenturmarkedet i Østrig og har traditionelt præsteret forskellige nyhedsagenturydelser til Republikken Østrig.

17. Selskabet presstext Nachrichtenagentur GmbH (herefter »PN«) har drevet nyhedsagenturvirksomhed i Østrig siden 1999, men har hidtil kun i begrænset omfang forestået udsendelse af nyhedsmeddelelser for forbundsmyndighederne. PN har endvidere færre journalistiske medarbejdere end APA og råder ikke over et så omfattende arkiv som APA. I 2004 fremsatte PN tilbud til Republikken Østrig om nyhedsagenturydelser, men tilbuddet førte ikke til indgåelse af en kontrakt.

6 — Det fremgår af sagens akter, at der er tale om et registreret andelselskab med begrænset ansvar.

7 — »Österreichische Correspondenz«, der var forgængeren for APA, blev etableret i Wien allerede i 1849.

2. Det omtvistede kontraktforhold mellem APA og Republikken Østrig

18. I 1994, dvs. inden Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union, indgik Republikken Østrig en såkaldt basisaftale med APA vedrørende udførelse af visse tjenesteydelser mod vederlag<sup>8</sup>. Denne basisaftale gav navnlig de østrigske forbundsmyndigheder ret til adgang til og anvendelse af aktuelle informationer (»basistjenesten«), at søge i historiske oplysninger og pressemeddelelser i APA's database, »APADok«, samt til at benytte APA's originalteksttjeneste »OTS« såvel til informationssøgning som til udsendelse af forbundsmyndighedernes egne pressemeddelelser. APADoks database indeholder informationer fra basistjenesten fra den 1. januar 1988 og OTS-udsendelser fra den 1. juni 1989.

19. Basisaftalen blev indgået på ubestemt tid og indeholdt tillige et afkald på retten til opsigelse, således at aftalen tidligst kunne opsiges pr. 31. december 1999. Basisaftalen indeholder endvidere bestemmelser om tidspunktet for den første prisforhøjelse, loft for de enkelte prisforhøjelser og en prisindeksering på grundlag af forbrugerprisindekset for 1986, hvis referenceværdi var det for 1994 beregnede indekstal.

20. APA oprettede i september 2000 APA-OTS Originaltext-Service GmbH (herefter »APA-OTS«) som et fuldt ud ejet datterselskab. Selskaberne indgik en aftale om overførsel af indtægter og tab, hvoraf det ifølge APA og APA-OTS fremgår, at APA-OTS finansielt, organisatorisk og forretningsmæssigt udgør en del af APA og for så vidt angår forretningsførelse og forvaltning skal følge APA's anvisninger. APA-OTS er endvidere forpligtet til at overføre årets overskud til APA, mens APA derimod skal udligne eventuelle underskud i APA-OTS.

21. APA overførte originalteksttjenesten OTS til APA-OTS. Ændringen blev meddelt Republikken Østrig i oktober 2000, i hvilken forbindelse en befuldmægtiget medarbejder i APA på forespørgsel fra Bundeskanzleramt forsikrede, at APA og APA-OTS efter opsplitningen hæftede »solidarisk«, og at der ikke ville ske ændringer af den »eksisterende samlede ydelse«. Ifølge det af Bundeskanzleramt oplyste accepterede institutionen herefter, at OTS-tjenesteydelserne for fremtiden præsteredes af APA-OTS, og at vederlaget for ydelserne som hidtil blev erlagt direkte til APA-OTS.

22. I 2001 blev bestemmelserne om vederlag i basisaftalen af 1994 ændret ved første tillæg til kontrakten. Foruden omregning af vederlaget fra østrigske schilling til euro indeholdt kontrakttillægget bestemmelser om lofter for vederlag<sup>9</sup> for optagelse af pressemeddelelser fra forbundsmyndighederne i OTS

8 — Ifølge oplysninger fra præsidiets for Bundeskanzleramt, der er part i sagen, var der herved tale om tilpasning af et kontraktforhold, der havde bestået siden 1946.

9 — Disse vederlagslofter finder anvendelse, såfremt pressemeddelelserne udsendes *on-line*.

for 2002, 2003 og 2004, hvilke ikke kunne forhøjes. Endvidere blev indeksreguleringen tilpasset med henvisning til et nyt pristal, som anvender et nyere prisindeks end det, der er lagt til grund i basisaftalen.

23. I oktober 2005 blev der ved et yderligere tillæg til kontrakten, der trådte i kraft pr. 1. januar 2006, foretaget yderligere to ændringer af basisaftalen, som affattet ved det første tillæg: Rabatten på vederlag for online-søgninger i APA's informationstjeneste forhøjedes fra 15% til 25%, og parterne aftalte at forny opsigelsesafkaldet indtil den 31. december 2008.

### 3. Proceduren for Bundesvergabeamt (anerkendelsesprocedure)

24. PN søger for Bundesvergabeamt at opnå retsbeskyttelse for så vidt angår de forhold, som efter PN's opfattelse er i strid med udbudsbestemmelserne, i forbindelse med, at APA-OTS indtrådte som leverandør af tjenesteydelser i forhold til Republikken Østrig og de to tillæg til basisaftalen mellem APA og Republikken Østrig.

25. Ved sag anlagt i tiden mellem den 4. og den 19. juli 2006 har PN i henhold til § 331 i BVergG 2006 for Bundesvergabeamt nedlagt påstand om, at det fastslås, at den deling af kontrakten, der skete ved omstruktureringen af APA i 2000, og tillæggene til basisaftalen af 2001 og 2005, der ifølge PN udgør »de facto-indgåelser«, er retsstridige; subsidiært har PN nedlagt påstand om, at det fastslås, at valget af den omhandlede udbudsprocedure var retsstridig<sup>10</sup>.

26. For så vidt angår søgsmålsfrister har Bundesvergabeamt anført, at de forhold, der kritiseres, ganske vist fandt sted i 2000, 2001 og 2005, men at der i national ret først senere, pr. 1. februar 2006, blev indført et retsmiddel, hvorved retsstridig tildeling af kontrakter kan anfægtes, nemlig et anerkendelsessøgsmål med annulation af kontrakten til følge. Fristen for at bringe dette retsmiddel i anvendelse er seks måneder fra datoen for den retsstridige tildeling af kontrakten. Bundesvergabeamt finder imidlertid, at § 1496 i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (herefter »ABGB«) finder anvendelse, hvorefter forældelsesfrister ikke begynder at løbe, så længe der ikke findes en effektiv retspleje, såfremt dette er foreneligt med fællesskabsretten.

<sup>10</sup> — Ifølge forelæggelseskendelsen stottes PN's principale påstand på § 331, stk. 1, nr. 4, og den subsidiære påstand på § 331, stk. 1, nr. 1, i BVergG 2006.

#### IV — Den præjudicielle forelæggelse og proceduren for Domstolen

27. Ved kendelse af 7. november 2006, som affattet den 10. november 2006, og indgået til Domstolens Justitskontor den 13. november 2006, udsatte Bundesvergabeamt sagen og forelagde Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

- »1) Skal begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i artikel 8 og 9 i direktiv 92/50 fortolkes således, at de også omfatter de forhold, hvor en ordregivende myndighed har til hensigt fremover at modtage tjenesteydelser fra en tjenesteyder, som er et kapitalselskab, såfremt disse ydelser tidligere blev udført af en anden tjenesteyder, som på den ene side er eneste selskabsdeltager i det fremtidige tjenesteydende selskab og på den anden side samtidig kontrollerer det fremtidige tjenesteydende selskab gennem instrukser? Er det i et sådant tilfælde juridisk relevant, hvis det i den sammenhæng ikke er sikret den ordregivende myndighed, at andelene i det fremtidige tjenesteydende selskab i hele den oprindelige kontrakts løbetid ikke helt eller delvist sælges til tredjemand, og det heller ikke er sikret, at sammensætningen af deltagerne i det oprindelige tjenesteydende selskab, som var organiseret som et andelsselskab, ikke ændres i hele kontraktens løbetid?
- 2) Skal begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i artikel 8 og 9 i direktiv 92/50 fortolkes således, at de også omfatter de forhold, hvor en ordregivende myndighed i løbetiden for en kontrakt, som denne myndighed har indgået med tjenesteyderne på ubestemt tid med henblik på fælles udførelse af tjenesteydelser, med disse tjenesteydere aftaler ændringer i vederlaget for visse kontraktlige ydelser og omformulerer en værdisikringsklausul, såfremt disse ændringer medfører ændrede vederlag og sker på grund af overgangen til euro?
- 3) Skal begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i artikel 8 og 9 i direktiv 92/50 fortolkes således, at de også omfatter de forhold, hvor en ordregivende myndighed i løbetiden for en kontrakt, som denne myndighed har indgået med tjenesteyderne på ubestemt tid med henblik på fælles udførelse af tjenesteydelser, med disse tjenesteydere ved en ændring i kontrakten på den ene side på et tidspunkt, hvor der ikke længere foreligger et afkald på retten til at opsiges kontrakten, på ny aftaler at give afkald på retten til opsigelse i tre år og samtidig med denne ændring af kontrakten på den anden side også aftaler større rabatter for visse mængdeafhængige vederlag for en bestemt type ydelser?
- 4) Såfremt Domstolen svarer bekræftende på, at der foreligger indgåelse i den forstand, som fremgår af et af de tre første spørgsmål: Skal artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 eller skal andre bestemmelser i fællesskabsretten, som f.eks. især princippet om gennemsigtighed, fortolkes således, at de tillader

en ordregivende myndighed at afgive en ordre på ydelser ved at indgå en enkelt tjenesteydelsesaftale ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når dele af tjenesteydelserne er underlagt enerettigheder som nævnt i artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50? Eller kræver princippet om gennemsigtighed eller andre bestemmelser i fællesskabsretten ved indgåelse af en aftale om ikke-prioriterede tjenesteydelser, at der i et sådant tilfælde alligevel skal offentliggøres en udbudsbekendtgørelse før indgåelse af tjenesteydelsesaftalen for at gøre det muligt for de interesserede virksomheder at kontrollere, at der rent faktisk indgås aftale om tjenesteydelser, som er underlagt en enerettighed? Eller kræver bestemmelser i fællesskabsretten om indgåelse af offentlige aftaler, at aftaler om tjenesteydelser i et sådant tilfælde — afhængigt af, om der er tale om enerettigheder eller ikke — kun må indgås ved en særskilt udbudsprocedure, for i det mindste delvist at åbne mulighed for en udbudskonkurrence?

- 5) Såfremt fjerde spørgsmål besvares med, at en ordregivende myndighed ved en enkelt udbudsprocedure må indgå en tjenesteydelsesaftale, som både omfatter ydelser, der ikke er underlagt enerettigheder, og ydelser, der er underlagt enerettigheder: Kan en virksomhed, som ikke selv har råderet over data, som en virksomhed med en dominerende stilling på markedet har enerettighed til, begrunde sin udbudsretlige evne til at levere den samlede ydelse til en offentlig myndighed med en henvisning til artikel 82 EF og til en pligt — som kan udledes af denne artikel — som den i Fællesskabet hjemmehørende virksomhed, der har råderetten over de pågældende

data og samtidig er dominerende på markedet, har til at give dataene videre på rimelige betingelser?

- 6) Såfremt første, andet og tredje spørgsmål besvares med, at der er tale om ny indgåelse af en tjenesteydelsesaftale på grund af den delvise overtagelse af aftalen i år 2000 og/eller på grund af en eller begge ændringer i aftalen; og endvidere såfremt fjerde spørgsmål besvares med, at en ordregivende myndighed enten ved indgåelse af en tjenesteydelsesaftale vedrørende ydelser, som ikke er omfattet af enerettigheder, ved hjælp af en særskilt aftaleprocedure eller ved indgåelse af en tjenesteydelsesaftale for samtlige ydelser (her udsendelse af presmeddelelser, basistjenesten og retten til at benytte APADok) forinden burde have offentliggjort en udbudsbekendtgørelse af hensyn til gennemsigtighed og kontrolmulighed i forbindelse med den planlagte aftaleindgåelse:

Skal begreberne »skade« i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 og »skadelidt« i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 fortolkes således, at en virksomhed i et tilfælde som det foreliggende allerede har lidt skade/er skadelidt i den forstand, som fremgår af disse bestemmelser i direktiv 89/665, når han er blevet frataget muligheden for at deltage i en udbudsprocedure, fordi den ordregivende myndighed ikke har indgåelsen af aftalen har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, på grundlag af hvilken virksomheden kunne have anmodet om at deltage i udbuddet eller have afgivet et bud eller have ladet påstanden om eventuelle enerettigheder kontrollere af den kompetente udbudskontrolmyndighed?

- 7) Skal ækvivalensprincippet og retten til effektive retsmidler/effektivitetsprincippet i fællesskabsretten under hensyntagen til fællesskabsrettens øvrige bestemmelser fortolkes således, at en virksomhed får en subjektiv og ubetinget ret over for en medlemsstat, idet denne virksomhed kan indbringe sagen for den kompetente nationale myndighed med henblik på, efter at en aftale er blevet tildelt, at opnå skadeserstatning på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretlige udbudsbestemmelser, dog således at virksomheden mindst skal gøre denne ret gældende inden for en periode på seks måneder, efter at virksomheden havde mulighed for at få kendskab til den aftaleindgåelse, som er i strid med udbudsbestemmelserne, og at virksomheden i den forbindelse bør have yderligere tid til rådighed svarende til den tid, hvor det på grund af manglende nationalt lovgrundlag ikke var muligt for den at gøre sine krav gældende, når der i national lov for skadeserstatningskrav begrundet i tilsidesættelse af national lov normalt er forældelsesfrister på tre år fra kendskabet til den skadevoldende og til skaden at regne, og også når der i mangel af retsmidler på et bestemt juridisk område ikke er nogle forældelsesfrister, som (fortsat) løber?»

28. I sagen for Domstolen har PN, APA og APA-OTS, Republikken Østrig og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber afgivet skriftlige og mundtlige indlæg. Endvidere er der indgivet skriftlige indlæg af præsidenten for det østrigske Bundeskanzleramt som ordregivende myndighed og af den litauiske regering; den franske regering har afgivet mundtligt indlæg.

## V — Formaliteten med hensyn til den præjudicielle anmodning

29. Inden min gennemgang af de præjudicielle spørgsmål skal jeg kort anføre nogle indledende bemærkninger vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt den præjudicielle anmodning kan antages til realitetsbehandling.

### 1. Bundesvergabeamts forelæggelseskompetence

30. Det østrigske Bundesvergabeamt er en permanent instans, som er oprettet i henhold til lov, og hvis kompetence er obligatorisk i udbudssager, i hvilke forbundsstaten er ordregivende myndighed<sup>11</sup>. Den træffer afgørelse under en kontradiktorisk procedure i henhold til bestemmelser i den østrigske forbundslovgivning. Den er samtidig såvel første som sidste instans<sup>12</sup>. Medlemmerne er ikke underlagt instrukser under udøvelsen af deres embede og udnævnes for mindst fem år eller til dels for en tidsubegrænset periode<sup>13</sup>.

11 — § 291 i BVergG 2006.

12 — § 291, stk. 2, andet punktum, i BVergG 2006.

13 — § 292 og 295 i BVergG 2006.

31. Det følger heraf, at Bundesvergabeamt er en ret i artikel 234 EF's forstand<sup>14</sup>, og kan forelægge præjudicielle anmodninger for Domstolen<sup>15</sup>. Domstolen har således allerede flere gange tidligere besvaret præjudicielle anmodninger fra Bundesvergabeamt<sup>16</sup>.

33. Det fremgår navnlig af forelæggelseskendelsen, at Bundesvergabeamt med sin præjudicielle anmodning søger afklaret, om det under den nationale procedure er nødvendigt at foretage en indgående bevisførelse vedrørende visse faktiske omstændigheder, eller om der kan træffes afgørelse i tvisten i hovedsagen også uden en sådan bevisførelse.

2. Generelle betragtninger vedrørende formaliteten med hensyn til den præjudicielle anmodning

32. APA og APA-OTS' kritik af den præjudicielle anmodnings komplekse og uklare formulering ændrer ikke den omstændighed, at de præjudicielle spørgsmål samlet betragtet er forståelige. Den faktiske og retlige baggrund for spørgsmålene, såvel som begrundelsen for, hvorfor Bundesvergabeamt i den foreliggende sag finder, at det er nødvendigt at fremsætte en præjudiciel anmodning, fremgår med tilstrækkelig klarhed af Bundesvergabeamts bemærkninger i forelæggelseskendelsen.

34. Det bemærkes hertil, at det tilkommer den nationale ret at afgøre, på hvilket trin af retsforhandlingerne det er hensigtsmæssigt for retten at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen<sup>17</sup>. Det er afgørende, at den forelæggende ret på tilfredsstillende måde redegør for de faktiske og retlige omstændigheder, der ligger til grund for anmodningen om fortolkning af fællesskabsretten, og at den forelæggende ret i øvrigt forsyner Domstolen med alle de oplysninger, der er nødvendige, for at den kan besvare anmodningen<sup>18</sup>. I modsætning til APA og APA-OTS's opfattelse er dette tilfældet i den foreliggende sag. Der er således generelt intet til hinder for, at den præjudicielle anmodning kan antages til realitetsbehandling.

14 — Jf. fast retspraksis vedrørende begrebet »ret« dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23, af 31.5.2005, sag C-53/03, Syfait m.fl., Sml. I, s. 4609, præmis 29, og af 18.10.2007, sag C-195/06, Österreichischer Rundfunk, Sml. I, s. 8817, præmis 19.

15 — Jf. dom af 14.11.2002, sag C-411/00, Swoboda, Sml. I, 10567, navnlig præmis 25-28, af 18.3.2004, sag C-314/01, Siemens og ARGE Telekom, Sml. I, s. 2549, og af 2.6.2005, sag C-15/04, Koppensteiner, Sml. I, s. 4855. Bundesvergabeamts aktuelle organisationsform i henhold til BVergG 2006 svarer ifølge forelæggelseskendelsen i det væsentlige til, hvad der var tilfældet i Koppensteiner-sagen.

16 — I lighed hermed antog Domstolen, at den daværende tyske forbundstilsynsmyndighed var en ret, der havde kompetence til at anmode om en præjudiciel afgørelse (Dorsch Consult-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 38).

17 — Dom af 10.7.1984, sag 72/83, Campus Oil m.fl., Sml. s. 2727, præmis 10, af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 39, og af 17.4.2007, sag C-470/03, AGM-COS-MET, Sml. I, s. 2749, præmis 45.

18 — Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 40 og 41.

3. Særlige betragtninger vedrørende formaliteten med hensyn til det sjette spørgsmål

admitteres, idet denne bestemmelse direkte vedrører tilkendelse af skadeserstatning.

35. Det sjette spørgsmål, der vedrører fortolkningen af begrebet »skade« og »skadelidt« i artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, rejser imidlertid et særligt formalitetsproblem.

4. Delkonklusion

36. Bundesvergabeamt har under tvisten i hovedsagen, der støttes på BVergG 2006's § 331, alene kompetence til at *fastslå en eventuel overtrædelse* af de udbudsretlige regler, men ikke til tillige at *tilkende skadeserstatning*, hvilket er forbeholdt de østrigske civilretter<sup>19</sup>. Bundesvergabeamt er følgelig ikke berettiget til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål vedrørende selve tildelingen af erstatning eller betingelserne herfor<sup>20</sup>.

38. Den foreliggende præjudicielle anmodning kan således i det hele antages til realitetsbehandling med undtagelse af den del af sjette spørgsmål, der vedrører artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665.

## VI — Realiteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål

37. Henset hertil kan det sjette spørgsmål følgelig kun admitteres, for så vidt det angår betingelserne for realitetsbehandling af en klageprocedure i henhold til direktiv 89/665's artikel 1, stk. 3. For så vidt som sjette spørgsmål derimod vedrører direktiv 89/665's artikel 2, stk. 1, litra c), kan det ikke

39. Indholdsmæssigt søger den yderst omfattende præjudicielle forelæggelse nærmere bestemt afklaring af, under hvilke betingelser ændring af en eksisterende kontrakt skal betragtes som indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale, således at der i givet fald forinden skal gennemføres en udbudsprocedure, og den ikke valgte virksomhed nyder retlig beskyttelse.

40. Et yderligere og yderst interessant spørgsmål om, hvorvidt bestemmelser inden

19 — Østrig har valgt at anvende den i direktiv 89/665's artikel 2, stk. 2, hjemlede adgang til at tillægge forskellige instanser beføjelser under klageproceduren.

20 — Dom af 19.6.2003, sag C-315/01, GAT, Sml. I, s. 6351, præmis. 38.

for udbudsretten eller andre fællesskabsretlige bestemmelser begrænser adgangen til at indgå tidsubegrænsede løbende kontraktforhold, er ikke genstand for den foreliggende sag. Da den tidsubegrænsede basisaftale fra 1994 blev indgået inden Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union<sup>21</sup>, kræver dette problem ikke at blive gennemgået nærmere<sup>22</sup>, heller ikke som præliminært spørgsmål.

A — *Det første, andet og tredje spørgsmål*

41. Bundesvergabeamt ønsker med de tre første spørgsmål oplyst, under hvilke omstændigheder ændringer af eksisterende kontraktforhold mellem en offentlig ordregiver og en tjenesteyder skal betragtes som indgåelse af en ny offentlig tjenesteydelsesaftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.

21 — Jf. hertil dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, præmis 53 og 54. Til forskel fra de her omtvistede forhold, som fandt sted i 2000, 2001 og 2005, og som tidsmæssigt henhører under fællesskabsrettens anvendelsesområde, fandt udbudsdirektiverne ikke anvendelse på basisaftalen, idet Østrig endnu ikke var medlem af Den Europæiske Union i 1994.

22 — Vedrørende det særlige spørgsmål om sammenkobling af en tidsubegrænset kontrakt og et opsigelsesafkald se nedenfor, navnlig forslagens punkt 74.

42. Dette spørgsmål har endnu ikke været genstand for en indgående gennemgang i Fællesskabets retsinstitutters praksis<sup>23</sup>.

1. Indledende bemærkninger: kriteriet væsentlig kontraktændring

43. Navnlig for så vidt angår løbende kontrakter og kontrakter af længere varighed kan det være nødvendigt i kontraktens løbetid at foretage en tilpasning af dens indhold, når bestemmelser — f.eks. som følge af en uforudset ændring af de ydre omstændigheder — ikke længere er hensigtsmæssige. En tilpasning af kontraktens indhold under hensyn til de ændrede omstændigheder kan medvirke til, at den bedre opfylder sit formål.

44. Såfremt den oprindelige aftale imidlertid vedrører en offentlig kontrakt, opstår der ved senere indholdsmæssige ændringer af denne altid spørgsmål om, hvorvidt der (i givet fald på ny) skal gennemføres en udbudsprocedure. Dette vil normalt føre til et modsætningsforhold mellem på den ene side bestræbelserne på så effektivt som muligt fortsat

23 — Domstolen traf ikke afgørelse vedrørende en præjudiciel forelæggelse fra den tyske Oberlandesgericht Rostock (sag C-50/03, slettet fra Domstolens register den 9.11.2004).

at opfylde kontrakten og på den anden side kravet om at sikre lige muligheder for alle aktuelle og potentielle tilbudsgivere.

af andre hensyn end økonomiske ved indgåelse af kontrakter<sup>26</sup>.

45. Principielt er det ikke på forhånd udelukket, at senere indholdsmæssige ændringer af eksisterende aftaler (i givet fald på ny) opfylder kriteriet med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter, således at der skal gennemføres en udbudsprocedure. De retlige begreber, der definerer anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, skal nemlig i henhold til fast retspraksis fortolkes udvidende<sup>24</sup>.

47. Hovedformålet med direktiv 92/50 er i overensstemmelse hermed fri bevægelighed for tjenesteydelser og størst mulig adgang til en ufordrejet konkurrence i medlemsstaterne<sup>27</sup>. Dette forudsætter en gennemsigtig og ikke diskriminerende fremgangsmåde for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, således at samtlige tjenesteydere sikres lige muligheder.

46. Begrebet udbud skal imidlertid altid fortolkes under hensyn til formålet med de pågældende direktiver. Samordningen af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter har til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og tilsigter følgelig at beskytte interesserne for erhvervsdrivende fra andre medlemsstater<sup>25</sup>. Formålet er at udelukke, at ordregivende myndigheder indrømmer indenlandske tilbudsgivere eller ansøgere en fortrinsstilling og lader sig lede

48. Henset hertil kræver ikke enhver, nok så ubetydelig, ændring af kontrakter vedrørende offentlige tjenesteydelser, at der forudgående gennemføres en udbudsprocedure. Alene *væsentlige ændringer af kontrakten*, der konkret er egnet til at fordreje konkurrencen på det pågældende marked og give den ordregivende myndigheds leverandør af tjenesteydelser en fortrinsstilling, kan begrunde, at der på ny gennemføres en udbudsprocedure<sup>28</sup>.

24 — Jf. for så vidt angår udvidende fortolkning af en række begreber, som definerer anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 43, af 8.9.2005, sag C-129/04, Espace Trianon og Sofibail, Sml. I, s. 7805, præmis 73, og af 29.11.2007, sag C-119/06, Kommissionen mod Italien, præmis 43.

25 — Dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 41, af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 27, og af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173, præmis 38; jf. endvidere anden og sjette betragtning til direktiv 92/50.

26 — University of Cambridge-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 17, Felix Swoboda-dommen nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 45, og dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 36.

27 — Dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 44 og 47, og dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 39.

28 — Jf. i denne retning tillige dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 46, 50 og 51, og af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 117, der vedrører henholdsvis *væsentlige* kontraktbestemmelser og udbudsbetingelser.

49. Det må navnlig antages, at der er tale om en væsentlig kontraktændring, såfremt det ikke kan udelukkes, at andre tjenesteydere undlod at afgive bud på en offentlig kontrakt, fordi de oprindelige betingelser var mindre fordelagtige, at de, henset til de nye kontraktbetingelser, nu ville have interesse i at afgive bud på den offentlige kontrakt, eller at en forbigået ansøger kunne være blevet valgt under hensyn til de nye kontraktbetingelser<sup>29</sup>.

50. Disse indledende bemærkninger danner grundlag for min gennemgang i det følgende af de tre første præjudicielle spørgsmål.

## 2. Det første spørgsmål

### a) Første spørgsmåls første led: inddragelse af APA-OTS

51. Bundesvergabeamt ønsker med første spørgsmåls første led i det væsentlige oplyst,

29 — Jeg anerkender, at det i praksis ikke altid er ligetil at sondre mellem væsentlige og uvæsentlige kontraktændringer, idet det er nødvendigt at vurdere de særlige omstændigheder i den konkrete sag. Det er imidlertid ikke muligt inden for noget retligt område fuldstændig at undgå vage eller fortolkningskrævende retlige begreber. Sådanne er heller ikke ukendte inden for udbudsretten.

om det skal betragtes som en ny indgåelse af en allerede eksisterende kontrakt om tjenesteydelser i direktiv 92/50's forstand, såfremt en offentlig ordregiver accepterer, at opfyldelsen af en del af kontrakten overføres til tilbudsgivers datterselskab, som denne har instruktionsbeføjelser over for, og som fuldt ud ejes af denne, uanset at der ikke er sikkerhed for, at tilbudsgiver vil bevare sit fulde ejerskab i hele kontraktløbetiden.

52. Baggrunden for dette spørgsmål er APA's udskillelse i 2000 af OTS-tjenesteydelser til datterselskabet APA-OTS. Uanset om der som følge af denne omstrukturering inden for APA-koncernen var tale om en »opsplitning af kontrakten«, en kontraktovertagelse, en novation eller en solidarisk hæftelse for opfyldelsen<sup>30</sup>, er det ubestridt, at de nævnte ydelser med Bundeskanzleramts godkendelse efterfølgende blev præsteret direkte af APA-OTS, og at vederlaget herfor ligeledes blev betalt umiddelbart til APA-OTS.

53. I 2000 skete der således en delvis ændring af tjenesteyderens identitet i henseende til den praktiske gennemførelse af aftalen.

30 — Der er tilsyneladende ikke enighed herom mellem hovedsagens parter. Forelæggelseskendelsen anvender heller ikke en konsekvent terminologi. Det tilkommer imidlertid Bundesvergabeamt at træffe afgørelse om, hvorledes forholdet i civilretlig henseende skal kvalificeres.

54. En ændring af tjenesteyderens identitet i en offentlig kontrakts løbetid giver *a priori* grundlag for at antage, der er tale om en væsentlig kontraktændring, idet en virksomhed, der ikke havde været nødt til at konkurrere med andre tilbudsgivere, og som ikke var blevet valgt på grundlag af en sammenligning med andre potentielle tilbudsgivere, helt eller delvist får overdraget udførelsen af den offentlige kontrakt. En sådan fremgangsmåde medfører risiko for omgåelse af de udbudsretlige regler og er egnet til at fordreje konkurrencen på det pågældende marked og at give den ordregivende myndigheds nye leverandør af tjenesteydelser en fortrinsstilling i forhold til andre potentielle tjenesteydere.

55. Særlige omstændigheder i den konkrete sag kan imidlertid bevirke, at ændringer af tjenesteyders identitet ikke indebærer en væsentlig kontraktændring. Følgende to situationer er navnlig relevante i denne henseende.

56. Den første af disse omfatter den situation, hvor den ordregivende myndigheds medkontrahent *benytter underleverandører*. For at undgå at begrænse kredsen af eventuelle tjenesteydere mere end nødvendigt, giver direktiv 92/50 udtrykkelig den ordregivende myndighed mulighed for at tillade, at der gives opgaver i underentreprise til tredjemand<sup>31</sup>. Denne situation karakteriseres af, at hovedtjenesteyderen, også efter at ydelsen

er givet i underentreprise, bærer det fulde ansvar for opfyldelsen af tjenesteydelsesaftalen i helhed eller i hvert fald hæfter solidarisk herfor.

57. Den anden situation omfatter *organisatoriske ændringer af rent intern karakter* hos den ordregivende myndigheds medkontrahent. Dette kan ligeledes indbefatte, at et af dennes datterselskaber inddrages i opfyldelsen af kontrakten. I den foreliggende sag er det ikke fornødent udtømmende at afklare spørgsmålet om, hvor nær en forbindelse, der kræves mellem tilbudsgiveren og dennes datterselskab. Datterselskaber, som kontrolleres af tilbudsgiveren på tilsvarende måde som afdelinger af dennes egen virksomhed, er i hvert fald omfattet. Datterselskabets medvirken til opfyldelse af kontrakten har i så tilfælde fra tilbudsgivers perspektiv lighed med en »in-house aftale«<sup>32</sup>, der ikke væsentligt ændrer vilkårene for udførelsen af den offentlige kontrakt — i hvert fald ikke ud fra en økonomisk betragtning.

58. Begge de nævnte situationer sikrer, at ændringer hos tilbudsgiver ikke fører til konkurrencefordrejning og ikke indebærer en væsentlig kontraktændring.

31 — Jf. artikel 25 og artikel 32, stk. 2, litra c) og h), i direktiv 92/50 samt dom af 2.12.1999, sag C-176/98, Holst Italia, Sml. I, s. 8607, præmis 26 og 27. Brugen af underrepriser til udførelse af *afgørende dele* af kontrakten kan imidlertid begrænses i henhold til national ret (jf. dommen i sagen Siemens og ARGE Telekom, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 45).

32 — Jf. om betingelserne for at antage, at der foreligger en in-house-aftale, navnlig dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50, dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 49, dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 62, og af 19.4.2007, sag C-295/05, Asemfo, Sml. I, s. 2999, præmis 55; jf. om begrebet in-house aftale mit forslag til afgørelse af 1.3.2005 i Parking Brixen-sagen, punkt 1 og 2.

59. Omstændigheder såsom overførelsen i 2000 af OTS-tjenesteydelser til APA-OTS, som er omtvistet under den foreliggende sag, har ud fra en umiddelbar betragtning lighedspunkter til den situation, at APA giver opgaven i underentreprise (første eksempel). Til støtte herfor taler, at de pågældende tjenesteydelser for fremtiden præsteres af en anden juridisk person end APA, uanset at APA selv hæfter solidarisk for udførelsen af den samlede offentlige tjenesteydelsesaftale, inkl. de opgaver, som er blevet overtaget af APA-OTS.

60. Ved en nærmere betragtning fremtræder en institution som APA-OTS derimod ikke i så høj grad som en selvstændig underentreprenør i forhold til APA, men som en af APA's egne virksomhedsafdelinger. Inddragelsen af APA-OTS ved udførelsen af den offentlige aftale i 2000 udgør en rent intern omorganisering hos tjenesteyderen APA (andet eksempel).

61. En del af de tjenesteydelser, som APA skulle præstere, erlægges for fremtiden af en anden juridisk person, APA-OTS. Ud fra en forretningsmæssig betragtning er APA-OTS imidlertid ikke en tredjemand, idet selskabet fuldt ud kontrolleres af moderselskabet, APA. Ikke alene APA's fulde ejerskab, men tillige dets instruktionsbeføjelse samt tabs- og vindingsudligningsaftalen sikrer, at APA-OTS kontrolleres af moderselskabet på samme måde som en af dets egne afdelinger. Følgelig er der ikke ud fra en forretningsmæssig betragtning foretaget væsentlige ændringer med hensyn til betingelserne for udførelsen af den offentlige kontrakt.

62. Forhold som dem, der indtrådte i 2000, førte ikke til en væsentlig kontraktændring og skal følgelig ikke betragtes som (en ny) indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale.

63. Den omstændighed, at der ikke er sikkerhed for, at APA fortsat vil være eneanpartsejer i APA-OTS i hele den offentlige kontrakts løbetid, er ikke til hinder herfor<sup>33</sup>. APA ville ganske vist teoretisk til enhver tid kunne sælge sine andele i APA-OTS til tredjemand. Alene de omstændigheder, der i 2000 var konkret forudseelige, er imidlertid relevante for det spørgsmål, der behandles her, nemlig om der på daværende tidspunkt skete en væsentlig ændring af kontrakten, og der følgelig blev indgået en ny offentlig tjenesteydelsesaftale.

64. Ifølge retssikkerhedsprincippet skal forpligtelsen til gennemførelse af en udbudsprocedure altid vurderes *forudgående*, dvs. på tidspunktet for indgåelsen af retshandlen<sup>34</sup>. Fra den ordregivende myndigheds og dennes medkontrahents synsvinkel såvel som i forhold til konkurrenter, som ikke har fået tildelt kontrakten, skal det nemlig allerede på tidspunktet for kontraktens indgåelse kunne konstateres, om der skulle gennemføres en udbudsprocedure eller ej. Der kan højst tages hensyn til omstændigheder, der indtræder

33 — Det samme gælder med hensyn opsigeligheden af tabs- og vindingsudligningsaftalen.

34 — Jf. mit forslag til afgørelse af 1.3.2005 i Parking Brixensagen, nævnt ovenfor i fodnote 32, punkt 56. Spørgsmålet om, hvorvidt afhændelse af andele til tredjemand, *konkret er forudseelig*, er ligeledes af afgørende betydning i dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 38-41, og af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 30-32, samt Parking Brixendommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 67, punkt c.

senere, hvis de allerede med sikkerhed kunne forudses på indgåelsestidspunktet.

65. Det fremgår af oplysningerne i sagen, at der ikke på det tidspunkt, hvor APA-OTS blev inddraget i opfyldelsen af den offentlige kontrakt, konkret var grundlag for at antage, at APA eventuelt ville afhænde andele i nær fremtid. Under disse omstændigheder er det fortsat min opfattelse, at forhold som dem, der indtrådte i 2000, ikke bevirkede en væsentlig ændring af kontrakten og følgelig ikke krævede en udbudsprocedure.

b) Første spørgsmåls andet led: sammensætningen af APA's medlemskreds

66. Bundesvergabeamt ønsker endvidere oplyst, om det under omstændigheder som dem, der forelå i 2000, har betydning, at kredsen af deltagere i APA kan ændres i kontraktens løbetid.

67. En sådan ændring kan kun være udbudsretligt relevant, såfremt den bevirker, at tjenesteyderens identitet ændres, i hvert fald delvis, og følgelig skal betragtes som en væsentlig kontraktændring.

68. Såfremt tjenesteyderen f.eks. blot er et arbejdsfællesskab, der ikke er et selvstændigt retssubjekt, vil samtlige dets medlemmer normalt erhverve rettigheder og forpligtelser som følge af aftalen med den ordregivende myndighed. I så tilfælde kan en ændring i arbejdsfællesskabets sammensætning føre til, at en virksomhed, der ikke havde været nødt til at konkurrere med andre tilbudsgivere, og som ikke var blevet valgt på grundlag af en sammenligning med andre potentielle tilbudsgivere, helt eller delvist får overdraget udførelsen af den offentlige kontrakt. Dette ville — med forbehold af de ovenfor beskrevne undtagelser<sup>35</sup> — udgøre en væsentlig kontraktændring<sup>36</sup>.

69. Såfremt tjenesteyderen derimod er en juridisk person, er denne den ordregivende myndigheds medkontrahent, og eventuelt senere ændringer i ejerkredsen medfører ikke en væsentlig kontraktændring<sup>37</sup>.

35 — Jf. ovenfor i punkt 55-58.

36 — I dom af 23.1.2003, sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki, Sml. I, s. 1091, præmis 61, præciseres det blot, at regulering af sammensætningen af budkørsortier henhører under medlemsstaternes kompetence. Det tilkommer således medlemsstaterne at træffe bestemmelse om, hvorvidt der overhovedet lovligt kan foretages ændring af budkørsortiers sammensætning. Det spørgsmål, der er af interesse her, er et andet, nemlig om sådanne ændringer, der sker *efter* at kontrakten er indgået, skal betragtes som væsentlige kontraktændringer, og følgelig på ny opfylder kriteriet for, at der skal foretages et offentligt udbud. Sidstnævnte er et fællesskabsretligt spørgsmål.

37 — Såfremt man ville benytte enhver ændring af ejerforholdet vedrørende en juridisk person som anledning til at foretage en ny udbudsprocedure, ville det i praksis være umuligt at tildele børsnoterede aktieselskaber, hvis aktionærer undertiden ændres dagligt, en offentlig kontrakt.

70. I den foreliggende sag fremgår det af oplysningerne i sagen, at APA er et »registreret andelselskab med begrænset hæftelse«. Det må således antages, at APA er en juridisk person. Med forbehold af Bundesvergabeamts konstateringer vedrørende dette spørgsmål, skal anpartshaverne i APA således ikke betragtes som medkontrahter i forhold til Republikken Østrig, men alene APA selv. I dette tilfælde medfører eventuelle ændringer i kredsen af andelshavere ikke en væsentlig kontraktændring.

72. Baggrunden for dette spørgsmål er det andet tillæg til basisaftalen, som blev aftalt mellem APA og Republikken Østrig i 2005.

a) Tredje spørgsmåls første led: fornyelse af opsigelsesafkaldet

### 3. Tredje spørgsmål

71. Med det tredje spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt i det væsentlige oplyst, om det skal betragtes som en ny indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktiv 92/50's forstand, såfremt den ordregivende myndighed og tjenesteyderen i kontraktens løbetid ændrer denne således, at

73. Tredje spørgsmåls første led vedrører det allerede udløbne opsigelsesafkald, som på ny blev aftalt mellem kontraktparterne i 2005.

— et tidligere aftalt, allerede udløbet afkald på ret til opsigelse på ny aftales for tre år, og

— visse vederlag adskiller sig fra de hidtil aftalte, idet der fremtidig ydes 10% højere rabat.

74. Det ville være udbudsretligt problematisk i tillæg til et løbende, tidsubegrænset kontraktforhold at aftale et længerevarende opsigelsesafkald, eller endog helt at udelukke den ordregivende myndigheds ret til opsigelse. En sådan aftale ville nemlig med tiden udelukke enhver form for konkurrence mellem mulige tjenesteydere og følgelig grundlæggende være i strid med udbudsdirektivernes formål.

75. Forholdet er et andet for så vidt angår et opsigelsesafkald som det, der blev aftalt i 2005, der er tidsbegrænset til tre år. Et sådant opsigelsesafkald kan ikke på forhånd betragtes som værende i strid med de udbudsretlige regler. Det skal imidlertid undersøges, om det skulle have været genstand for en udbudsprocedure. Dette afhænger af, om opsigelsesafkaldet skal betragtes som en væsentlig ændring af den eksisterende basisaftale<sup>38</sup>.

76. For at en kontraktændring anses for væsentlig, kræves det, at et opsigelsesafkald, der er givet for et tidsrum på nogle få år, er egnet til at fordreje konkurrencen på det pågældende marked og give den ordregivende myndigheds leverandør af tjenesteydelser en fortrinsstilling i forhold til andre potentielle tjenesteydere<sup>39</sup>.

77. Dette er kun undtagelsesvis tilfældet, nemlig når der ved en aftale om opsigelsesafkald konkret er grundlag for at antage, at den ordregivende myndighed i modsat fald ville have opsagt aftalen inden for den periode, i hvilken opsigelsesafkaldet løber. Alene i denne situation ville andre potentielle tjenesteydere nemlig overhovedet kunne have gjort sig alvorlige forhåbninger om helt eller delvist at afløse den aktuelle tjenesteyder inden for dette tidsrum.

78. Hertil bemærkes for det første, at den ordregivende myndighed ikke er retligt forpligtet til at bringe et kontraktforhold, der er blevet indgået uden at stride mod gældende ret, til ophør før tiden; Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union udløste ikke en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at opsig den allerede eksisterende basisaftale eller til på ny at give denne i udbud<sup>40</sup>. Det kan således ganske vist have været retligt muligt for Republikken Østrig at opsig tjenesteydelsesaftalen med APA, efter at det oprindeligt (1994) aftalte opsigelsesafkald var udløbet, men det var på ingen måde obligatorisk.

79. For det andet var der heller ikke i 2005 — med forbehold af eventuelle konstateringer, som Bundesvergabeamt senere måtte træffe — en økonomisk tilskyndelse for Republikken Østrig til at overgå til en anden tjenesteyder inden for den relativt overskuelige tidsramme for opsigelsesafkaldet, dvs. til udgangen af 2008. Så vidt ses var det rimeligt, at den ordregivende myndighed antog, at der ikke ville fremkomme tilsvarende tilbud på mere gunstige betingelser i perioden indtil 2008, hvilke kunne have begrundet den byrde, der er forbundet med en ændring.

80. På grundlag af de foreliggende oplysninger medførte det treårige opsigelsesafkald, der på ny blev aftalt i 2005, ikke risiko

38 — Jf. ovenfor i punkt 48.

39 — Jf. ovenfor i punkt 48 og 49.

40 — Jf. i denne retning Tögel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 53 og 54.

for konkurrencefordrejning, og skal følgelig ikke betragtes som en væsentlig ændring af basisaftalen.

83. Det skal for det første undersøges, om en 10%’s forhøjelse af den oprindeligt indrømmede rabat overhovedet udgør en *materiel ændring* af de bestemmelser om vederlag, som finder anvendelse på den offentlige tjenesteydelsesaftale.

b) Tredje spørgsmåls andet led: aftale om større prisrabatter

81. Tredje spørgsmåls andet led vedrører de større prisrabatter, der blev aftalt i 2005, for online-søgninger i APA’s informations-tjenester. Mens de østrigske forbundsmyndigheder ved basisaftalen blev indrømmet en rabat på 15%, har rabatten været på 25 % siden andet tillæg til basisaftalen.

84. APA og APA-OTS har gjort gældende, at den nu indrømmede rabat på 25% alene er en logisk videreudvikling af, hvad der under alle omstændigheder var lagt an til i basisaftalen. Allerede basisaftalen henviste til APA’s tariffer. Den nye, højere rabat svarer til indførelsen af et nyt, lavere trin i APA’s prisliste.

82. Som allerede nævnt<sup>41</sup> kan der kun være tale om en ny indgåelse af en eksisterende offentlig tjenesteydelsesaftale i tilfælde af en væsentlig kontraktændring. Dette gælder ligeledes med hensyn til ændringer af det kontraktligt aftalte vederlag. Selv om betalingsvilkår som sådan er et væsentligt element i kontraktens indhold<sup>42</sup>, skal enhver nok så ringe ændring af tidligere aftalte vederlagsbestemmelser ikke nødvendigvis betragtes som en væsentlig kontraktændring.

85. Hertil bemærkes, at det tilkommer Bundesvergabeamt at foretage den konkrete vurdering af de omstændigheder, der er relevante for tvisten i hovedsagen<sup>43</sup>. I forelæggelseskendelsen, der angiver de faktiske omstændigheder, der alene er relevante for den foreliggende præjudicielle sag, beskrives ændringen fra 15% til 25% som »større rabatter end hidtil«. Dette peger i retning af en materiel ændring af vederlagsbestemmelserne.

41 — Jf. ovenfor i punkt 48 og 49.

42 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 117.

43 — Dom af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos og Oliveri, Sml. I, s. 5257, præmis 42, og af 12.1.2006, sag C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, Sml. I, s. 589, præmis 21.

86. Denne vurdering støttes endvidere af, at allerede den oprindelige rabat på 15% svarede til »laveste pristrin«. Den ordregivende myndighed opnåede således allerede ved indgåelsen af basisaftalen i 1994 det bedst tænkelige prisniveau. På denne baggrund er det ikke nærliggende, at aftaleparterne på daværende tidspunkt havde planer om eller fandt, at der kunne være mulighed for at overgå til et endnu gunstigere prisniveau. Når de nu i 2005 indrømmes en 10% højere rabat, der atter henviser til det laveste pristrin, tyder dette på en reel prisændring og ikke blot på en logisk fortsættelse af den vederlagsberegning, som allerede var fastlagt i basisaftalen.

87. En sådan prisændring kan imidlertid alene betragtes som en *væsentlig kontraktændring*, såfremt den konkret er egnet til at fordreje konkurrencen på det pågældende marked og give den ordregivende myndigheds leverandør af tjenesteydelser en fortrinsstilling i forhold til andre potentielle tjenesteydere.

88. Ved en efterprøvelse heraf skal der på den ene side foretages en vurdering af omfanget af prisændringen for den pågældende ydelse, og på den anden side skal prisændringen sættes i forhold til betydningen af den pågældende offentlige aftale i sin helhed.

89. Hvad for det første angår prisændringen som sådan bemærkes, at risikoen for konkurrencefordrejning er mindre ved prisnedsættelser end ved prisforhøjelser. En reduktion af vederlaget er til fordel for den ordregivende myndighed og bevirker normalt endvidere en forbedring af kontraktens rentabilitet.

90. Til trods herfor er det ikke på forhånd udelukket, at også en aftale om et lavere vederlag for en gangs skyld kan fordreje konkurrencen. Dette har den litauiske regering med rette understreget.

91. Det er altid relevant, hvilke betingelser den ordregivende myndighed kunne have opnået på markedet på *tidspunktet for kontraktændringen*. Såfremt priserne for den tjenesteydelse, der er genstand for kontrakten, eksempelvis generelt er faldet, siden den oprindelige kontrakt blev indgået, giver en aftale om et lavere vederlag end hidtil ikke sikkerhed for, at konkurrenceprincippet og rentabilitetsprincippet er overholdt. Det skal således undersøges, om andre potentielle tjenesteydere på tidspunktet for kontraktændringen eventuelt kunne have tilbudt den ordregivende myndighed den ønskede ydelse til en endnu gunstigere pris end myndighedens aktuelle medkontrahent.

92. Henset til de foreliggende oplysninger, er der imidlertid ikke konkret grundlag for at antage, at den ordregivende myndighed i denne sag ved at gennemføre en udbudsprocedure kunne have opnået en tilsvarende

ydelse til en endnu gunstigere pris end den, myndigheden opnåede ved andet tillæg til basisaftalen med APA som dens aktuelle tjenesteyder.

93. Hvad endelig angår betydningen af den skete prisændring i forhold til den samlede offentlige aftale bemærkes, at den højere rabat alene er blevet aftalt for en delydelse — on-line søgninger i APA's informationstjeneste — ikke for samtlige de ydelser, som APA skal præstere. Uanset at en 10% højere rabat for den pågældende delydelse ikke er uden betydning, er den klart af mindre betydning i forhold til den samlede ydelse.

94. Det tilkommer imidlertid i sidste instans Bundesvergabeamt at træffe de nødvendige konstateringer vedrørende betydningen af prisændringen, såvel for den pågældende delydelse som for den offentlige kontrakt i sin helhed.

95. Henset til, hvad der foreligger oplyst for Domstolen, finder jeg imidlertid ikke, at en prisændring som den, der foranledigedes af den højere rabat i medfør af andet tillæg til kontrakten fra 2005, skal betragtes som en væsentlig kontraktændring.

#### 4. Andet spørgsmål

96. Med sit andet spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt i det væsentlige oplyst, om det skal betragtes som indgåelse af en ny offentlig tjenesteydelsesaftale i direktiv 92/50's forstand, såfremt den ordregivende myndighed og tjenesteyderen ændrer en eksisterende tjenesteydelseskontrakt i dennes løbetid, således at

- de kontraktmæssigt fastsatte vederlag efter valutaændringen ikke længere udtrykkes i den nationale valuta, men i euro

- den værdisikringsklausul, der er indeholdt i kontrakten, omformuleres ved henvisning til et efterfølgende prisindeks i forhold til det hidtil anvendte indeks, og

- visse vederlag herefter afviger fra de tidligere aftalte.

97. Baggrunden for dette spørgsmål er det første tillæg til basisaftalen, der blev aftalt i 2001, hvorefter der blev foretaget de nævnte ændringer i vederlagsbestemmelserne.

98. Rent tekniske tilpasninger af kontrakten, der ikke har afgørende indflydelse på ydelsesforholdet mellem den ordregivende myndighed og dennes medkontrahent, udgør på ingen måde en materiel ændring af kontrakten. De kan så meget desto mindre betragtes som væsentlige kontraktændringer, som kræver, at der gennemføres en ny udbudsprocedure.

99. Såfremt en eksisterende kontrakt som følge af overgangen til euro ændres således, at de tidligere aftalte vederlag udtrykkes i den ny valuta, uden at de materielt forhøjes eller nedsættes, er der ikke tale om en væsentlig kontraktændring, men blot om en teknisk tilpasning af en eksisterende kontrakt under hensyn til ændrede ydre omstændigheder<sup>44</sup>. En del af denne rent tekniske tilpasning består ligeledes i en nødvendig op- eller nedrundning af de omberegnete euro-beløb i overensstemmelse med gældende retsforskrifter.

100. Tilsvarende kan en henvisning til et andet værdisikringsindeks end det oprindeligt aftalte være en rent teknisk tilpasning

44 — En tilpasning af kontrakten som følge af valutaændringen havde ganske vist ikke været absolut påkrævet, idet det allerede følger af de gældende retlige rammebestemmelser, at alle beløb, der tidligere havde været udtrykt i national valuta, fremover skal forstås som euro-beløb, uden at dette medfører en ændring af eksisterende kontraktmæssige forpligtelser (jf. endvidere artikel 3 og 5 i Rådets forordning (EF) nr. 1103/97 af 17.6.1997 om visse bestemmelser vedrørende indførelsen af euroen, EFT L 162, s. 1). Som APA og APA-OTS imidlertid med rette har anført, kan en udtrykkelig tilpasning af kontrakten, navnlig ved en løbende kontrakt som den foreliggende, alligevel være hensigtsmæssig for at undgå den større administrative byrde i forbindelse med en stadig tilbagevendende valutaomregning.

af kontrakten, såfremt de to prisindekser er ækvivalente. Forelæggelseskendelsens henvisning til, at det nye prisindeks er en efterfølger for det tidligere, tyder på ækivalens. Bundesvergabeamt skal imidlertid sikre sig, at funktionsmåden for det nye prisindeks ligeledes ækvivalerer det tidligere. Hertil hører, at de varekurve eller de andre referenceværdier, som det pågældende prisindeks henviser til, i det væsentlige skal være ækvivalente.

101. Såfremt aftaleparterne benytter en overgang til en anden valuta eller en indeksændring som anledning til ligeledes at foretage en materiel ændring af de aftalte vederlag, går omfanget af foranstaltningen ud over en rent teknisk tilpasning af kontrakten. I så tilfælde er det ikke på forhånd udelukket, at der foreligger en væsentlig kontraktændring af betydning for konkurrencen mellem tjenesteydere.

102. I den foreliggende sag førte tilpasninger af basisaftalen i henhold til første tillæg til kontrakten ifølge forelæggelseskendelsen til, at maksimale vederlag, der ikke kunne forhøjes, fandt anvendelse ved optagelse af visse pressemeddelelser fra forbundsmyndighederne i OTS i 2002, 2003 og 2004.

103. Bundesvergabeamt skal efterprøve, om der herved er blevet foretaget en væsentlig ændring i forhold til de vederlag, der var

aftalt i basisaftalen. Det er i denne forbindelse afgørende, hvilken udvikling der ud fra en objektiv betragtning ville have været forventelig på grundlag af de i 2001 tilgængelige oplysninger af de indeksregulerede vederlag, der var aftalt i basisaftalen.

104. Såfremt de maksimale vederlag, der i henhold hertil var fastsat for 2002, 2003 og 2004, i det væsentlige svarede til de priser, der efter al sandsynlighed også ville være fremkommet ved anvendelse af den værdisikringsklausul, der var fastsat i basisaftalen, foreligger der ikke en væsentlig kontraktændring<sup>45</sup>. Såfremt den derimod klart afviger fra den prisudvikling, der havde været at forvente ifølge basisaftalen, skal der foretages en undersøgelse af ændringens betydning for konkurrencen, under hvilken de kriterier, der er nævnt i forbindelse med tredje spørgsmåls andet led, skal finde anvendelse<sup>46</sup>.

105. Henset til, hvad der foreligger oplyst for Domstolen, finder jeg imidlertid, at prisændringer som dem, der blev aftalt ved første tillæg til kontrakten, bevæger sig inden for de årlige prisforhøjelser, der var forudseelige i 2001, og allerede derfor ikke udgør væsentlige kontraktændringer.

45 — Der er kun ringe forskel mellem de maksimale linjevederlag for 2002, 2003 og 2004, der blev aftalt ved første tillæg. Med forbehold af Bundesvergabeamts nærmere efterprøvelse synes så ubetydelige årlige prisforskelle at bevæge sig inden for den almindelige prisudvikling for de kommende år, der var forventelig i 2001.

46 — Jf. ovenfor i punkt 81-94.

## B — Fjerde og femte spørgsmål

106. Fjerde og femte spørgsmål, hvori Bundesvergabeamt behandler den udbudsprocedure, der skal finde anvendelse, og beviset for en tjenesteyders formåen, forudsætter, at omstændigheder, som dem i 2000, 2001 og 2005, overhovedet skal betragtes som indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale.

107. Henset til, hvad der foreligger oplyst for Domstolen, finder jeg, at ingen af disse omstændigheder udgør indgåelse en sådan<sup>47</sup>. Følgelig er min gennemgang af fjerde og femte spørgsmål alene subsidier.

### 1. Fjerde spørgsmål

108. Med sit fjerde spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt i det væsentlige oplyst, om der kan indgås en samlet offentlig tjenesteydelsesaftale efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse,

47 — Jf. mine bemærkninger vedrørende første, andet og tredje spørgsmål ovenfor i punkt 41-105.

såfremt aftalen overvejende vedrører ikke-prioriterede tjenesteydelser, og ikke samtlige, men kun enkelte af de tjenesteydelser, der skal præsteres, er omfattet af enerettigheder som omhandlet i artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50.

a) Prioriterede og ikke-prioriterede tjenesteydelser

109. Direktiv 92/50 sonderer ifølge artikel 8-10 mellem prioriterede og ikke-prioriterede tjenesteydelser. Prioriterede tjenesteydelser defineres i direktivets bilag I A, ikke-prioriterede tjenesteydelser defineres i dets bilag I B. Denne ordning er begrundet i, at aftaler, der vedrører ikke-prioriterede tjenesteydelser, i betragtning af deres særlige karakter ikke a priori frembyder nogen grænsoverskridende interesse, som kan berettige, at de tildeles efter en udbudsprocedure<sup>48</sup>.

110. Bundesvergabeamt antager med støtte i APA og APA-OTS' argumentation, at der ved nyhedsagenturydelser som de her aftalte er tale om en blanding af prioriterede og ikke-prioriterede tjenesteydelser<sup>49</sup>. Af disse

48 — Dommen i sagen Kommission mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 25.

49 — APA og APA-OTS finder, at deres dokumentationsydelser skal henføres under »administration af bibliotek« (»Library services«, CPC-kodenr. 96311) og deres OTS-ydelser under »elektroniske meddelelses- og informationstjenester« (»Electronic message and information services«, CPC-kodenr. 75232).

er de ikke-prioriterede tjenesteydelser værdimæssigt klart størst.

111. Såfremt det antages, at denne vurdering er korrekt<sup>50</sup>, er den offentlige tjenesteydelsesaftale, som er indgået med APA, i det hele omfattet af ordningen for ikke-prioriterede tjenesteydelser (artikel 10 i direktiv 92/50). Herefter er der tale om en offentlig aftale, der ikke er omfattet af nogen speciel udbudsprocedure som omhandlet i afsnit III i direktiv 92/50<sup>51</sup>.

b) Anvendelsen af åbenhedsprincippet

112. Ved indgåelse af aftaler, som ifølge udbudsdirektiverne ikke er omfattet af særlige udbudsprocedurer, følger det imidlertid ikke desto mindre af fast retspraksis, at traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed skal overholdes<sup>52</sup>. Domstolen

50 — Forelæggelseskendelsen angiver de faktiske omstændigheder, på grundlag af hvilke de præjudicielle spørgsmål skal besvares; jf. i denne forbindelse den ovenfor i fodnote 43 nævnte retspraksis.

51 — Ifølge artikel 9, jf. artikel 10, i direktiv 92/50 skal sådanne aftaler (alene) indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16, der er uden betydning for de spørgsmål, der er af interesse her. De øvrige processuelle bestemmelser i direktiv 92/50, navnlig bestemmelserne om udbud med forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse, gælder ikke for disse aftaler, jf. dommen i sagen Kommission mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 23 og 24. Forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 gælder imidlertid, jf. dom af 27.10.2005, sag C-234/03, Contse m.fl., Sml. I, s. 9315, præmis 47.

52 — Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 46; jf. endvidere dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16, og af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 33, ANAV-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 18, og dom af 14.6.2007, sag C-6/05, Medipac-Kazantzidis, Sml. I, s. 4557, præmis 33; jf. endvidere kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s. 9505, præmis 20.

har først for nylig fastslået, at dette ligeledes gælder indgåelse af aftaler vedrørende ikke-prioriterede tjenesteydelser<sup>53</sup>.

virksomhed, taler for, at der findes en grænseoverskridende interesse. PN's fremkomst på markedet i 1999 viser endvidere, at det østrigske marked ikke er helt uinteressant for nye tjenesteydere.

113. Såfremt en aftale, der vedrører ikke-prioriterede tjenesteydelser, har en klar grænseoverskridende interesse, finder *åbenhedsprincippet*, som er afledt af de grundlæggende frihedsrettigheder, anvendelse på denne, og den må ikke indgås, hvis der ikke er gennemsigthed<sup>54</sup>.

- Som nævnt under den mundtlige forhandling, udelukker eksisterende samarbejdsaftaler mellem forskellige nyhedsagenturer, der hver især er repræsenteret på deres eget hjemmemarked, ikke på forhånd, at visse af disse agenturer for fremtiden gerne vil forstærke deres engagement ved selv at være til stede på et marked som det østrigske.

114. Bundesvergabeamt skal efterprøve, om der findes en klar grænseoverskridende interesse i præstation af nyhedsagenturydelser som dem, der er genstand for den foreliggende sag<sup>55</sup>. Herved skal følgende hensyn bl.a. tages i betragtning:

- Den omstændighed, at en stor del af de ydelser, som de østrigske forbundsmyndigheder har behov for, er særligt knyttet til Østrig, herunder til regionale begivenheder i de enkelte delstater, kunne tale imod en grænseoverskridende interesse.

- Den omstændighed, at talrige nyhedsagenturer driver international

53 — Dommen i sagen Kommission mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 29.

54 — Dommen i sagen Kommission mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 30; jf. vedrørende åbenhedsprincippet tillige Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 62, Coname, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 16 og 17, Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 46-49, og ANAV-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 18-21.

55 — Dommen i sagen Kommission mod Irland, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 30; jf. i samme retning dom af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 67.

#### c) Indholdet af åbenhedsprincippet

115. Materielt følger det af åbenhedsprincippet, at der skal sikres *en passende grad af*

*offentlighed*<sup>56</sup>. Det har hidtil i vidt omfang været uafklaret, hvilke krav der præcist følger heraf for så vidt angår indgåelse af aftaler, som ikke ifølge udbudsdirektiverne er omfattet af særlige udbudsprocedurer. Det er imidlertid klart, at åbenhedsprincippet ikke nødvendigvis indebærer et krav om udskrivelse af udbud<sup>57</sup>.

116. Det påhviler endelig den ordregivende myndighed i den enkelte sag at vurdere, hvad der er en passende grad af offentlighed, således at tildelingen åbnes for konkurrence, og det er muligt at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske<sup>58</sup>.

117. Generelt bemærkes, at åbenhedsprincippet ikke skal fortolkes således, at der altid skal gennemføres en udbudsprocedure, der i alle enkeltheder svarer til udbudsdirektiverne<sup>59</sup>. Såfremt dette var tilfældet, ville det være unødvendigt at sondre mellem indgåelse af aftaler, der falder inden for anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, og aftaler, der ikke er omfattet heraf; også de

finansielle tærskler, som fællesskabslovgiver har fastsat, ville i så fald i vidt omfang være meningsløse.

118. Åbenhedsprincippet medfører således navnlig ikke mere vidtgående krav til kontrakter, som ifølge udbudsdirektiverne ikke er omfattet af særlige udbudsprocedurer, end kontrakter, for hvilke der er fastsat procedurer i direktiverne<sup>60</sup>. Udbudsdirektiverne er nemlig blot en konkretisering af åbenhedsprincippet for visse, særligt vigtige kontrakter<sup>61</sup>.

119. For så vidt angår offentlige kontrakter, der helt eller overvejende vedrører ikke-prioriterede tjenesteydelser, kan åbenhedsprincippet således ikke kræve en højere grad af offentlighed end for kontrakter, der helt eller overvejende vedrører prioriterede tjenesteydelser.

56 — *Telaustria og Telefonadress-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 62, *Coname-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 16 og 17, *Parking Brixen-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 49, og *ANAV-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 21.

57 — *Coname-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 21; *Parking Brixen-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 50, er i denne forbindelse uklar, idet der i den autentiske tyske udgave tales om »Ausschreibung«, hvilket formentlig beror på en uheldig oversættelse af det franske udtryk »mise en concurrence«.

58 — *Telaustria og Telefonadress-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 62, *Parking Brixen-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 49 og 50, og *ANAV-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 21. Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, EUT 2006 C 179, s. 2, indeholder ligeledes nyttige oplysninger herom.

59 — Jf. allerede mit forslag til afgørelse i *Parking Brixen-sagen*, nævnt ovenfor i fodnote 32, punkt 37.

60 — Jf. i denne retning generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 2.6.2005 i sag C-525/03, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 9405, punkt 47, generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse af 14.9.2006 i sag C-532/03, Kommissionen mod Irland, Sml. 2007 I, s. 11353, punkt 111, og generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 18.1.2007 i sag C-195/04, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 3351, punkt 76 og 77; jf. endvidere mit forslag til afgørelse i *Parking Brixen-sagen*, nævnt ovenfor i fodnote 32, punkt 46.

61 — Jf. i denne retning dommen i sagen *Kommissionen mod Irland*, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 27, 28 og 29; jf. ligeledes mit forslag til afgørelse i *Parking Brixen-sagen*, nævnt ovenfor i fodnote 32, punkt 47.

120. Dette indebærer, at aftaler om tjenesteydelser, der som følge af enerettigheder<sup>62</sup> alene kan udføres af en bestemt tjenesteyder, altid kan indgås ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, uanset om der er tale om prioriterede eller ikke-prioriterede tjenesteydelser. Når direktiv 92/50's artikel 11, stk. 3, litra b), nemlig tillader en sådan procedure for prioriterede tjenesteydelser, må det så meget desto mere være lovligt at indgå aftaler om ikke-prioriterede tjenesteydelser efter denne procedure. De betragtninger, der har fundet udtryk i direktiv 92/50's artikel 11, stk. 3, kan således ligeledes overføres på ikke-prioriterede tjenesteydelser. I de tilfælde, hvor direktiv 92/50's artikel 11, stk. 3, ikke kræver forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, kan åbenhedsprincippet ikke føre til noget andet resultat<sup>63</sup>.

121. En passende åbenhed, som sikrer, at tildelingen af kontrakten er åben for konkurrence, og som muliggør en kontrol med, om udbudsproceduren er upartisk, kan for så vidt angår de tjenesteydelser, der er omhandlet af direktiv 92/50's artikel 11, stk. 3, ligeledes sikres ved en efterfølgende offentliggørelse.

d) Samlet tildeling af en blandet tjenesteydelsesaftale

122. Det skal herefter undersøges, om der kan indgås en *samlet* offentlig tjenesteydelsesaftale efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, såfremt det ikke er samtlige, men kun enkelte af de tjenesteydelser, der skal præsteres, som er omfattet af enerettigheder som omhandlet i artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50.

123. Principielt gælder, at artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50 som en undtagelse til de regler, som skal sikre, at de rettigheder, der er fastsat i EF-traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige tjenesteydelsesaftaler, må fortolkes indskrænkende<sup>64</sup>. For så vidt angår tildeling af kontrakter, der vedrører en samlet række tjenesteydelser, taler dette for, at forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kun er tilladt med hensyn til de tjenesteydelser, der konkret er omfattet af artikel 11, stk. 3.

124. En sådan særskilt indgåelse af tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 kan imidlertid kun komme på tale, såfremt den offentlige

62 — Det tilkommer Bundesvergabeamt at efterprøve, om der er tale om en sådan enerettighed i den foreliggende sag.

63 — Jf. i denne retning ligeledes Kommissionens meddelelse, nævnt ovenfor i fodnote 58, punkt 2.1.4.

64 — Jf. dom af 18.11.2004, sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11197, præmis 23, og af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 58. Jf. ligeledes artikel 11, stk. 4, i direktiv 92/50, hvorefter der »i alle andre tilfælde« skal anvendes offentligt eller begrænset udbud.

kontrakt overhovedet er delelig. I denne forbindelse er det ikke alene afgørende, om kontrakten teoretisk betragtet er delelig, men der skal ligeledes tages hensyn til ydernes anvendelsesformål og praktiske nytte, afhængig af om de leveres særskilt eller af én og samme leverandør.

125. I den foreliggende sag har APA og APA-OTS, Republikken Østrig og Bundeskanzleramt på overbevisende måde redegjort for, hvor snæver en indbyrdes forbindelse, der er mellem de forskellige nyhedsagenturydelser, som blev aftalt ved basisaftalen. Det er således ikke sagligt korrekt at få redaktionelle bidrag fra én tjenesteyder og udsende reaktioner på disse via en anden tjenesteyder, idet det ikke er sikkert, at begge tjenesteydere betjener samme endelige kundekreds. En artikel, der er blevet bragt i avis A, kan ikke besvares med en kommentar i avis B. Det er endvidere af afgørende betydning for tjenesternes brugervenlighed, at der fra én og samme brugergrænseflade er adgang til indbyrdes forbundne databaser.

126. Den omstændighed, at OTS-tjenesteydelserne i mellemtiden ikke længere leveres af APA, men af APA-OTS, taler ikke for, at elementerne i kontrakten er delelige. Som tidligere nævnt er der herved tale om en rent intern omorganisering hos tjenesteyderen; ud fra en forretningsmæssig betragtning skete der ikke en ændring af tjenesteyderen, idet APA-OTS kontrolleres af APA på samme måde som en af dets egne afdelinger<sup>65</sup>. De

forskellige ydelser er stadig forbundet i et netværk og kan konsulteres under ét.

127. Samtlige disse omstændigheder taler — med forbehold af Bundesvergabeamts konkrete vurdering af de faktiske omstændigheder — imod, at tjenesteydelsesaftalen mellem Republikken Østrig og APA kan opdeles, og følgelig at der er pligt til at indgå særskilte aftaler vedrørende de enkelte elementer i aftalen.

128. Den omstændighed, at tjenesteydelsesaftalen omfatter såvel prioriterede som ikke-prioriterede tjenesteydelser, fører ikke til et andet resultat. Som det fremgår af en betragtning af artikel 10 i direktiv 92/50, er det absolut ikke nødvendigt altid at indgå særskilte aftaler om prioriterede og ikke-prioriterede tjenesteydelser<sup>66</sup>.

129. Noget andet ville alene gælde, såfremt den ordregivende myndighed vilkårligt eller for at omgå udbudsretlige bestemmelser lader tjenesteydelser af forskellig art være omfattet af samme aftale<sup>67</sup>. I den foreliggende sag er der imidlertid ikke grundlag for en sådan antagelse. Henset til, hvad der foreligger oplyst for Domstolen, forekommer det sagligt begrundet at indgå en samlet aftale vedrørende samtlige de omtvistede tjenesteydelser<sup>68</sup>.

66 — Jf. ligeledes Felix Swoboda-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 56 og 60.

67 — Felix Swoboda-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 57 og 60.

68 — Jf. ovenfor i punkt 125.

65 — Jf. ovenfor i punkt 20, 61 og 62.

e) Delkonklusion

130. Sammenfattende bemærkes vedrørende det fjerde spørgsmål følgende:

Der kan indgås en samlet offentlig tjenesteydelsesaftale efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, såfremt aftalen overvejende vedrører ikke-prioriterede tjenesteydelser, og det ikke er samtlige, men kun enkelte af de tjenesteydelser, der skal præsteres, som er omfattet af enerettigheder som omhandlet i artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50, medmindre tjenesteydelser af forskellige art vilkårligt eller for at omgå udbudsretlige bestemmelser er omfattet af samme aftale.

2. Femte spørgsmål

131. Med sit femte spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt i det væsentlige oplyst, om en virksomhed kan godtgøre sin formåen til at udføre en offentlig tjenesteydelsesaftale alene med henvisning til, at en anden virksomhed i henhold til artikel 82 EF er forpligtet til at stille visse data til dens rådighed på rimelige betingelser.

132. Baggrunden for dette spørgsmål er den omstændighed, at levering af nyhedsagenturydelser som dem, de østrigske forbundsmyndigheder ønsker, forudsætter adgang til et omfattende arkiv, som bl.a. indeholder historiske oplysninger og tekster. Ifølge oplysningerne i forelæggelseskendelsen råder PN end ikke tilnærmelsesvis over et historisk dataarkiv, der tåler sammenligning med APA's. APA giver heller ikke sine konkurrenter adgang til virksomhedens arkiver, i hvert fald ikke med henblik på videresalg af de deri tilgængelige data. Det skal herefter afklares, om PN kan godtgøre sin formåen som omhandlet i artikel 31 i direktiv 92/50 med henvisning til, at virksomheden har et retskrav på adgang til APA's arkiver, navnlig til databasen APADok.

133. Der hentydes herved til »essential-facilities-doktrinen«, som er genstand for diskussion inden for konkurrenceretten. Ifølge retspraksis vedrørende denne kan det for så vidt angår artikel 82 EF — men kun under helt ekstraordinære omstændigheder — betragtes som misbrug, at en dominerende virksomhed på markedet nægter en anden virksomhed adgang til uundværlige goder, tjenesteydelser eller oplysninger (»essential facilities«)<sup>69</sup>. I så tilfælde kan artikel 82 EF føre til en kontraheringspligt for den dominerende virksomhed.

69 — Dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, den såkaldte »Magill-sag«, Sml. I, s. 743, præmis 49-53, af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, præmis 38-47, og af 29.4.2004, sag C-418/01, IMS Health, Sml. I, s. 5039.

134. I den foreliggende sag kan det imidlertid stå hen, om en database som APA's arkiv, APADok, indeholder uundværlige data for virksomhedens konkurrenter, dvs. om det udgør en »essential facility«, og om der her foreligger ekstraordinære omstændigheder, som ville forpligte APA til at give sine konkurrenter adgang til sit arkiv på rimelige betingelser.

135. En tjenesteyder, der ønsker at henvise til kapaciteten i andre sammenslutninger eller virksomheder for at få adgang til at deltage i et udbud, skal nemlig godtgøre, at han *reelt* kan disponere over disse ressourcer<sup>70</sup>. I modsat fald er det ikke muligt for den ordregivende myndighed at foretage en fyldestgørende sammenligning mellem dennes og andre tjenesteyderes formåen. Såfremt den ordregivende myndighed sætter sin lid til tjenesteyderens rent *potentielle* adgang til de pågældende ressourcer, er der risiko for at kontrakten tildeles en virksomhed, hvis formåen efterfølgende — dvs. i tilfælde af vanskeligheder ved adgangen til de nødvendige ressourcer — viser sig at være utilstrækkelig. Samtidig ville myndigheden udelukke en anden virksomhed, der har kapacitet, fra at opnå kontrakten. En sådan fremgangsmåde ville hverken være i overensstemmelse med idéen om lige chancer for samtlige tjenesteydere eller lønsomhedsprincippet i udbudsprocedurer.

136. Et nyhedsagentur som PN kan således ikke nøjes med at hævde, at det har krav på adgang til APA's arkiver, men skal konkret godtgøre, at virksomheden også reelt opnår denne adgang, f.eks. i form af et udtrykkeligt tilsagn eller en allerede indgået licensaftale. I modsat fald kan virksomheden ikke i fornødent omfang godtgøre sin formåen under en udbudsprocedure ved henvisning til APA's arkiver.

137. De korte frister, inden for hvilke der skal træffes afgørelse under en udbudsprocedure, tillader ikke den ofte meget tidskrævende afklaring af komplicerede retsspørgsmål vedrørende artikel 82 EF og »essential facilities-doktrinen«. Den pågældende virksomhed må have afsluttet eventuelle retstvister, inden den ansøger om en offentlig kontrakt.

138. Med hensyn til det femte spørgsmål bemærkes således, at en virksomhed ikke kan godtgøre sin formåen til at udføre en offentlig tjenesteydelsesaftale alene med henvisning til, at en anden virksomhed i henhold til artikel 82 EF er forpligtet til at stille visse data til dens rådighed på rimelige betingelser.

70 — Dommen af 2.12.1999 i Holst Italia-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 29, Siemens og ARGE Telekomdommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 44, og dommen af 18.11.2004 i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 22. Jf. for så vidt angår fremtidige sager tillige artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, som kodificerer denne retspraksis.

C — *Sjette og syvende spørgsmål*

139. Med sjette og syvende spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt oplysning om omfanget af den retsbeskyttelse, der tilkommer en virksomhed, der ikke blev valgt af den ordregivende myndighed. Disse spørgsmål forudsætter nødvendigvis også, at aftalerne i 2000, 2001 og 2005 overhovedet skal betragtes som indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale. Dette medgives ligeledes af Bundesvergabeamt i forelæggelseskendelsen.

140. Henset til, hvad der foreligger oplyst for Domstolen, finder jeg som allerede nævnt, at ingen af disse aftaler udgør indgåelse af en sådan aftale<sup>71</sup>. Jeg vil derfor alene gennemgå sjette og syvende spørgsmål subsidiært.

1. Sjette spørgsmål

141. Bundesvergabeamts sjette spørgsmål vedrører fortolkningen af begreberne

»skade« i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 og »skadelidt« i direktivets artikel 2, stk. 1, litra c). Som allerede nævnt<sup>72</sup> kan spørgsmålet kun admitteres i relation til direktivets artikel 1, stk. 3.

142. Med sit spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt i det væsentlige oplyst, om der skal gennemføres en kontrolprocedure, allerede fordi sagsøgeren gør gældende, at han med urette er blevet frataget muligheden for at deltage i en udbudsprocedure, fordi den ordregivende myndighed ikke før indgåelsen af aftalen har offentliggjort en udbudsbeholdtgørelse, eller om sagsøgeren tillige skal godtgøre, at virksomheden selv har kapacitet til at udføre den pågældende offentlige kontrakt. *Adgangen* til kontrolproceduren skal derfor belyses nærmere.

143. I henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 kan medlemsstaterne begrænse adgangen til en kontrolprocedure vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter<sup>73</sup> i to henseender: dels gennem kravet om, at den pågældende skal have en interesse i den pågældende offentlige aftale, dels gennem kravet om, at den pågældende har lidt eller vil kunne lide skade. En almindelig klageadgang samt klager fra ansøgere, der åbenbart ikke vil få medhold, kan hermed udelukkes.

<sup>72</sup> — Jf. ovenfor i punkt 35-37.

<sup>73</sup> — Henvisningen til offentlige indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakter må siden direktiv 92/50's udvidelse af anvendelsesområdet for direktiv 89/665 forstås således, at den omfatter alle offentlige kontrakter, dvs. også tjenesteydelsesaftaler. Den omstændighed, at der alene er blevet foretaget en tilpasning af artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, men ikke af stk. 3, synes at bero på en redaktionel fejl fra fællesskabslovgivers side, som med virkning for fremtiden er blevet rettet ved direktiv 2007/66.

<sup>71</sup> — Jf. mine betragtninger ovenfor i punkt 41-105 vedrørende første, andet og tredje spørgsmål.

144. Dette må imidlertid ikke være til skade for direktivets effektive virkning<sup>74</sup>. Begrænsningen af klageadgangen skal følgelig fortolkes i lyset af direktivets dobbelte formål, som er dels at sikre borgeren en *effektiv retsbeskyttelse* i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, dels at muliggøre en *rimelig legalitetskontrol* med ordregivende myndigheders beslutninger.

145. I denne forbindelse bemærkes, som det fremgår af første og anden betragtning til direktiv 89/665, at direktivet har til formål at styrke de mekanismer, som fandtes på såvel nationalt plan som på fællesskabsplan til sikring af en effektiv anvendelse af direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter. Med dette formål for øje er det i direktivets artikel 1, stk. 1, fastsat, at medlemsstaterne skal sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger<sup>75</sup>.

146. Henset hertil må adgangen til kontrolprocedurer i udbudssager ikke begrænses uforholdsmæssigt. Navnlig må der ikke stilles

samme krav til *formaliteten* vedrørende en klage som til dens *realitet*<sup>76</sup>.

147. Det kan således ikke kræves, at den pågældende allerede ved klagens indgivelse konkret skal godtgøre, at han faktisk har lidt eller vil kunne lide et tab. Det må derimod antages at være tilstrækkeligt for adgang til en kontrolprocedure, at den pågældende — foruden den ordregivende myndigheds retsbrud — *overbevise*nde gør gældende, at han har en interesse i den omhandlede aftale samt *muligheden* for, at der indtræder et tab.

148. Det må antages, at der er risiko for et tab, hvis det ikke åbenbart er udelukket, at ansøgeren ville have fået tildelt kontrakten, såfremt den ordregivende myndighed ikke havde handlet retsstridigt. Da den offentlige kontrakt — som i den foreliggende sag — blev indgået umiddelbart<sup>77</sup>, uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, følger det allerede af denne — påståede retsstridige — hindring af muligheden for at deltage i udbudsproceduren, at ansøgeren eventuelt har mistet en ordre og følgelig har lidt skade<sup>78</sup>.

74 — Dom af 19.6.2003, sag C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner m.fl., Sml. I, s. 6413, præmis 31 og 34, af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 72, og af 12.2.2004, sag C-230/02, Grossmann Air Service, Sml. I, s. 1829, præmis 42.

75 — Dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 33 og 34, dommen i sagen Fritsch, Chiari & Partner m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 30, dommen i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 74, og Grossmann Air Service-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 36.

76 — Alene den omstændighed, at det *efter proceduren* ikke er godtgjort, at der er lidt eller vil kunne lides skade, taler som sådan ikke imod, at klagen skal admittes; jf. i denne retning dom af 19.6.2003, sag C-249/01, Hacker Müller, Sml. I, s. 6319, præmis 27.

77 — En såkaldt »underhåndsaftale«.

78 — Jf. tilsvarende den tyske Bundesverfassungsgericht, kendelse af 29.7.2004, (2 BvR 2248/03, punkt 36 in fine).

149. På dette stadium, hvor den pågældende indgiver klage, kan det hverken kræves, at han konkret skal godtgøre sin formåen eller føre bevis for, at han ville være blevet tildelt kontrakten, såfremt det påståede retsbrud ikke var forekommet<sup>79</sup>. I modsat fald ville det være praktisk talt umuligt eller i hvert fald uforholdsmæssigt vanskeligt for den pågældende at få adgang til klageproceduren<sup>80</sup>. Navnlig i sager, der vedrører tildeling af kontrakt uden udbud som den foreliggende, er det næppe muligt for den pågældende konkret at føre bevis for sin formåen, idet han i mangel af en forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse formentlig ikke råder præcise oplysninger om de betingelser, som den ordgivende myndighed stillede.

150. Det er kun undtagelsesvis muligt *a limine* at afvise en klage under henvisning til den pågældendes manglende formåen, nemlig kun såfremt det allerede på klage-tidspunktet var åbenbart indlysende, at den pågældende ikke havde en tilstrækkelig formåen, således at en nærmere prøvelse er ufornøden. I alle andre tilfælde skal der derimod foretages en realitetsprøvelse.

151. Med hensyn til det sjette spørgsmål står det således fast, at en klage som omhandlet i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 kan admitteres, såfremt klageren på overbevisende måde gør gældende, at han har interesse i den offentlige aftale, at der er sket en overtrædelse, og at han muligvis har lidt eller vil lidt et tab. Såfremt aftalen er blevet indgået uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, følger det allerede af den

omstændighed, at klagerens mulighed for at deltage i udbudsproceduren blev forhindret, at han eventuelt har lidt et tab, medmindre hans manglende formåen er åbenbar.

## 2. Syvende spørgsmål

152. Med sit syvende spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt i det væsentlige oplyst, om det er foreneligt med principperne om ækvivalens og effektivitet, at der i henhold til national ret gælder en præklusiv frist på højst seks måneder fra datoen for den formodede retsstridige indgåelse af kontrakten for anlæggelse af et udbudsretligt anerkendelses-søgsmaal, som er en nødvendig forudsætning for et senere erstatningskrav. Bundesvergabeamt har endvidere rejst spørgsmål om, hvorvidt effektivitetsprincippet kræver, at den nævnte seks månedersfrist skal forlænges med et tidsrum svarende til det, i hvilket der ikke fandtes effektive retsmidler i national ret.

153. Baggrunden for dette spørgsmål er, at PN først klagede til Bundesvergabeamt i juli 2006, hvilket ganske vist var inden seks måneder efter, at de nye processuelle bestemmelser i § 331 i BVergG 2006 var trådt i kraft den 1. februar 2006, men mere end seks måneder efter, at de forhold, der er omtvistet her, fandt sted i 2000, 2001 og 2005. Bundesvergabeamt finder, at tildeling af kontrakter uden udbud (»de facto-tildeling«) først »effektivt har kunnet bekæmpes« i Østrig, efter at § 331 i BVergG 2006 trådte i kraft.

79 — I samme retning Bundesverfassungsgericht, nævnt ovenfor i fodnote 78, punkt 26 og 29.

80 — I samme retning generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 10.10.2002 i GAT-sagen — der ganske vist vedrørte skadeserstatning — nævnt ovenfor i fodnote 20, punkt 66.

154. Direktiv 89/665 indeholder ikke udtrykkelige bestemmelser om, hvilke frister der finder anvendelse på klageprocedurer som omhandlet i artikel 1.

155. Det spørgsmål, der er forelagt for Domstolen, skal således besvares med udgangspunkt i princippet om medlemsstaternes *processuelle autonomi*<sup>81</sup>: Det følger af fast retspraksis, at det, når der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser på området, tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente organer og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for borgerne. Disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål i henhold til national ret (*ækvivalens- eller ligeværdighedsprincippet*), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (*effektivitetsprincippet*)<sup>82</sup>. Begge principper har ligeledes fundet udtryk i artikel 1 i direktiv 89/665: ækvivalensprincippet i stk. 2, og effektivitetsprincippet i stk. 1.

156. *Ækvivalensprincippet* er et særligt udtryk for det almindelige princip om

ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling<sup>83</sup>, som kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet<sup>84</sup>.

157. Kommissionen, APA og APA-OTS har i denne forbindelse med rette henvist til et særkende ved den udbudsretlige klageprocedure. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 kræver således, at medlemsstaterne skal sikre mulighed for, at der *så hurtigt som muligt kan indgives klage* over overtrædelser af udbudsreglerne. Herved skal der dels sikres en effektiv retsbeskyttelse, dels hurtigst muligt opnås retssikkerhed. Dette formål kan begrunde, at der for klager som omhandlet i direktiv 89/665 i givet fald fastsættes frister, der er kortere end de forældelsesfrister, der generelt gælder for erstatningskrav i henhold til national rets bestemmelser.

158. *Ækvivalensprincippet* er således ikke til hinder for en præklusiv frist på seks måneder for indgivelse af klager som den, der er fastsat ved § 332, stk. 2 og 3, i BVergG 2006, uanset at den almindelige forældelsesfrist for

81 — Universale-Bau-dommen nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 71; jf. om begrebet *processuel autonomi* dom af 7.1.2004, sag C-201/02, Wells, Sml. I, s. 723, præmis 67, af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 95, og af 28.6.2007, sag C-1/06, Bonn Fleisch, Sml. I, s. 5609, præmis 41.

82 — Dom af 19.12.1968, sag 13/68, Salgoil, Sml. 1965-1968, s. 553, org.ref.: Rec. s. 680, af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral, Sml. s. 1989, præmis 5, af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 12, af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 39 og 43, og af 7.6.2007, forenede sager C-222/05 — C-225/05, Van der Weerd m.fl., Sml. I, s. 4233, præmis 28.

83 — Jf. mit forslag til afgørelse af 9.1.2008 i sag C-268/06, Impact, punkt 67; jf. fast retspraksis vedrørende ligebehandlingsprincippet, senest dom af 12.9.2006, sag C-300/04, Eman og Sevinger, Sml. I, s. 8055, præmis 57, af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 56, og af 11.9.2007, sag C-227/04 P, Lindorfer mod Rådet, Sml. I, s. 6767, præmis 63.

84 — I samme retning — der ganske vist angik tilbagebetaling af afgifter — dom af 15.9.1998, sag C-231/96, Edis, Sml. I, s. 4951, præmis 37.

erstatningskrav i henhold til national ret er længere.

159. Med hensyn til *effektivitetsprincippet* skal det imidlertid undersøges, om en præklusiv frist som den, der er fastsat i østrigsk ret for anerkendelsessøgsmål, ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt senere at gennemføre krav på skadeserstatning som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665.

160. Fastsættelse af rimelige præklusive søgsmålsfrister er i princippet ikke i strid med effektivitetsprincippet, for så vidt som det er udtryk for en anvendelse af det grundlæggende retssikkerhedsprincip<sup>85</sup>.

161. Spørgsmålet om, hvorvidt en præklusiv søgsmålsfrist er rimelig, skal afgøres på grundlag af karakteren og retsfølgerne af det pågældende retsmiddel samt samtlige berørtes rettigheder og interesser.

162. For så vidt angår klager, der har til formål at opnå, at allerede indgåede aftaler

bliver uden virkning — uanset om det er med tilbagevirkende kraft eller med virkning for fremtiden — er en absolut, præklusiv frist på seks måneder i princippet fuldt ud rimelig<sup>86</sup>. Den særligt bebyrdende retsfølge, at en allerede indgået aftale bliver uden virkning, kan nemlig begrunde, at der fastsættes en frist, der løber, uanset om ansøgeren havde, eller i det mindste burde have haft, kendskab til den udbudsretlige overtrædelse. Såvel den ordregivende myndighed som dennes medkontrahent har et klart og beskyttelsesværdigt behov for retssikkerhed for så vidt angår gyldigheden af den indgåede aftale.

163. I en sag som den foreliggende må det imidlertid betænkes, at den absolutte, præklusive frist på seks måneder som den, der er fastsat ved § 332, stk. 2 og 3, i BVergG 2006 for anerkendelsessøgsmål i henhold til samme lovs § 331, stk. 1, ikke alene rammer den, der faktisk søger at opnå, at en allerede indgået aftale bliver uden virkning, men tillige den, der vil tage et nødvendigt procesuelt skridt som forberedelse til at indtale et senere krav om skadeserstatning for de østrigske civilretter.

164. Såfremt den pågældende først får kendskab til den skade, han har lidt som følge af, at der er indgået en aftale i strid med udbudbestemmelserne (tildeling af kontrakt uden udbud eller de-facto tildeling), mere

85 — Fast retspraksis: jf. bl.a. Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 82, præmis 5, Edis-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 84, præmis 20 og 35, og dom af 17.6.2004, sag C-30/02, Recheio — Cash & Carry, Sml. I, s. 6051, præmis 18; jf. særligt vedrørende direktiv 89/665 endvidere dommen i sagen Universale-Bau m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 76, samt dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 50, og af 11.10.2007, sag C-241/06, Lämmerzahl, Sml. I, s. 8415, præmis 50.

86 — Jf. ligeledes artikel 2f, stk. 1, litra b), sammenholdt med artikel 2d, stk. 1, i direktiv 89/665, som affattet ved direktiv 2007/66.

end seks måneder senere, kan han end ikke gøre erstatningskrav gældende for de civile domstole, idet det ifølge § 341, stk. 2, i BVergG 2006 er en ufravigelig forudsætning, at der forinden er blevet anlagt et anerkendelsessøgsmål; dette er imidlertid allerede forældet på dette tidspunkt.

165. Dette bevirker, at den præklusive frist i henhold til § 332, stk. 2 og 3, i BVergG 2006 ligeledes får virkning for accessoriske sager, der falder uden for bestemmelsens egentlige anvendelsesområde, hvor dens strenghed ikke er rimelig. For så vidt angår rene erstatningskrav har den ordregivende myndighed ikke samme behov for retssikkerhed som med hensyn til gyldigheden af en indgået aftale.

166. Såfremt en medlemsstat har gjort brug af den i artikel 2, stk. 2 og 5, i direktiv 89/665 omhandlede mulighed og knytter fremsættelse af krav på skadeserstatning til en betingelse om, at sagsøgeren forinden har fået medhold under et anerkendelsessøgsmål, skal de deri fastsatte frister udformes og anvendes således, at det ikke bliver praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at gennemføre et krav på skadeserstatning<sup>87</sup>.

87 — Betydningen af den konkrete udformning og den praktiske anvendelse af fristbestemmelser understreges bl.a. i Lämmerzahl-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 85, præmis 52, 56 og 61.

167. Samlet betraget kræver effektivitetsprincippet, at fristen for et anerkendelsessøgsmål, som ansøgeren alene anlægger som forberedelse til gennemførelse af et erstatningskrav, ikke begynder at løbe, inden sagsøgeren havde eller burde have haft kendskab til skadens indtræden. Såfremt sagsøgeren derimod med sit anerkendelsessøgsmål søger at opnå, at den af den ordregivende myndighed indgåede aftale fastslås at være ugyldig, kan der fastsættes strengere frister, der begynder at løbe uden hensyn til muligheden for kendskab til eventuelle skader.

168. De nationale retter skal så vidt muligt fortolke processuelle bestemmelser i national ret således, at overholdelsen af det effektivitetsprincip, der følger af direktiv 89/665, sikres, og skal om fornødent undlade at anvende bestemmelser, der i den konkrete sag ville føre til et resultat, der er i strid med fællesskabsretten<sup>88</sup>.

169. I en sag som den foreliggende, som vedrører tildeling af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbeholdtgørelse, indebærer dette, at fristen for anlæggelse af et anerkendelsessøgsmål ikke må begynde at løbe, inden den pågældende havde eller burde have haft kendskab til den påståede udbudsovertrædelse, i det omfang et sådant søgsmål er en nødvendig forudsætning for en senere sag om skadeserstatning.

88 — Santex-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 85, præmis 62-64, og Lämmerzahl-dommen nævnt ovenfor i fodnote 85, præmis 62 og 63.

170. Bundesvergabeamt antyder i forelæggelseskendelsen, at der efter dens opfattelse faktisk kan opnås et resultat, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten, idet det retsmiddel, der for nylig er blevet indført ved § 331, stk. 1, nr. 4, i BVergG 2006, på den ene side kan finde anvendelse på forhold, der fandt sted inden bestemmelsens ikrafttræden, og de relevante frister på den anden side kan beregnes under anvendelse af visse generelle, civilretlige bestemmelser, således at de ikke begynder at løbe, før sagsøgeren får kendskab til skaden, ligesom de kan forlænges med perioder, i hvilke der ikke fandtes effektive retsmidler.

Effektivitetsprincippet kræver, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 fortolkes således, at der skal være en rimelig frist til rådighed for indgivelse af en klage, der i henhold til national ret er en ufravigelig forudsætning for en senere erstatningssag, og at fristen ikke begynder at løbe, inden den pågældende havde eller burde have haft kendskab til skaden, ligesom den kan forlænges med perioder, i hvilke der ikke fandtes effektive retsmidler. Den nationale ret skal så vidt muligt fortolke de nationale processuelle bestemmelser således, at dette resultat sikres, og skal om fornødent undlade at bringe bestemmelser i anvendelse, såfremt de i den konkrete sag ville føre til et resultat, der strider imod fællesskabsretten.

171. Sammenfattende bemærkes følgende vedrørende det syvende spørgsmål:

## VII — Forslag til afgørelse

172. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare de af det østrigske Bundesvergabeamt forelagte spørgsmål således:

»1) Generelt vedrørende første, andet og tredje spørgsmål:

Såfremt der i løbetiden foretages en indholdsmæssig ændring af en kontrakt, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50, er det uforløbet

at gennemføre en udbudsprocedure, medmindre der er tale om en væsentlig kontraktændring.

2) Særligt vedrørende det første spørgsmål:

- a) Der kan ikke antages at foreligge en væsentlig kontraktændring, såfremt en ordregivende myndighed accepterer, at en del af den offentlige kontrakt overføres til medkontrahentens datterselskab, som medkontrahenten ejer fuldt ud og har instruktionsbeføjelse over for på samme måde som over for en afdeling af dennes egen virksomhed. Det er ikke til hinder herfor, at medkontrahenten teoretisk kan sælge andele i datterselskabet til tredje-mand på et senere tidspunkt.
  
- b) Såfremt tjenesteyderen er en juridisk person, medfører eventuelle senere ændringer i kredsen af deltagere i kontraktens løbetid ikke en væsentlig kontraktændring.

3) Særligt vedrørende det andet og tredje spørgsmål:

- a) Der kan ikke antages at foreligge en væsentlig kontraktændring, når der foretages rent tekniske tilpasninger af kontrakten under hensyn til ændrede ydre omstændigheder; hertil hører en omregning af det oprindelige vederlag fra national valuta til euro samt anvendelse af et nyt værdisikringsindeks, som må anses for en ligeværdig efterfølger for det oprindelige indeks.

- b) Der kan lige så lidt antages at foreligge en væsentlig kontraktændring, såfremt det aftales, at en tidsubegrænset offentlig tjenesteydelsesaftale er uopsigelig i en treårsperiode, medmindre der konkret er grundlag for at antage, at den ordregivende myndighed i modsat fald af retlige eller økonomiske grunde ville have opsagt aftalen inden for den periode, i hvilken opsigelsesafkaldet løber.
  
- c) Hvorvidt den materielle ændring af vederlaget for den delydelse, der skal præsteres, udgør en væsentlig kontraktændring, afhænger af betydningen af ændringen af det pågældende vederlag, såvel med hensyn til den pågældende delydelse som i forhold til den offentlige kontrakt i sin helhed.«