DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

13. april 2010 *

I sag C-91/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Landgericht Frankfurt am Main (Tyskland) ved afgørelse af 28. januar 2008, indgået til Domstolen den 28. februar 2008, i sagen:

Wall AG

mod

Stadt Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Processprog: tysk.

procesdeltager:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta og C. Toader, samt dommerne C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev og J.-J. Kasel,

generaladvokat: Y. Bot
justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. juni 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Wall AG ved Rechtsanwalt H.-J. Otto samt ved Justitiare C. Friese og R. von zur Mühlen

— Stadt Frankfurt am Main ved Rechtsanwälte L. Horn og J. Sommer samt ved Justitiar B. Weiß

— Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH ved Rechtsanwalt H. Höfler

— Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH ved Rechtsanwälte F. Hausmann og A. Mutschler-Siebert

— den tyske regering ved M. Lumma og J. Möller, som befuldmægtigede

— den danske regering ved B. Weis Fogh, som befuldmægtiget

— den nederlandske regering ved C. Wissels og Y. de Vries, som befuldmægtigede

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den finske regering ved A. Guimaraes-Purokoski, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved S. Ossowski, som befuldmægtiget, bistået af barrister J. Coppel

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved D. Kukovec, B. Schima og C. Zadra, som befuldmægtigede

— EFTA-Tilsynsmyndigheden ved N. Fenger, B. Alterskjær og L. Armati, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 27. oktober 2009,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF, principperne om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet samt den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, i forbindelse med tildelingen af koncessionskontrakter om tjenesteydelser.

2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en sag mellem på den ene side Wall AG (herefter »Wall«) og på den anden side Stadt Frankfurt am Main (herefter »Stadt Frankfurt«) vedrørende tildelingen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser vedrørende drift og vedligeholdelse af visse offentlige toiletter inden for den pågældende bys område.

Retsforskrifter

3 Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder (EFT L 195, s. 35), som ændret ved Kommissionens direktiv 2000/52/EF af 26. juli 2000 (EFT L 193, s. 75) (herefter »direktiv 80/723«), bestemmer i artikel 2:

»1. I dette direktiv forstås ved:

[…]

b) »offentlige virksomheder«: enhver virksomhed, på hvilke de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler, der gælder for virksomheden

[…]

2. Dominerende indflydelse antages at foreligge, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

a) besidder majoriteten af virksomhedens tegnede kapital

b) råder over mere end halvdelen af de stemmer, som er knyttet til andele, som virksomheden har udstedt, eller

c) kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd.«

4 Artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), som ændret ved Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13. september 2001 (EFT L 285, s. 1) (herefter »direktiv 92/50«), indeholder følgende bestemmelser:

»b) »*ordregivende myndigheder*«: staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved »*offentligretligt organ*«forstås ethvert organ,

— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område

og

— som er en juridisk person

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

[…]«

5 Artikel 17 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114) fastsætter:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser som defineret i artikel 1, stk. 4, jf. dog artikel 3.«

6 Artikel 80, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 31. januar 2006. De underretter straks Kommissionen herom.«

7 Det bestemmes i nævnte direktivs artikel 82, første afsnit:

»Direktiv 92/50/EØF, med undtagelse af artikel 41, og direktiverne 93/36/EØF og 93/37/EØF ophæves med virkning fra den i artikel 80 fastsatte dato, dog uden at dette berører medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til de i bilag XI anførte gennemførelses- og anvendelsesfrister.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8 Wall udnytter reklameplads på offentlige gader og pladser og udfører med henblik herpå bl.a. fremstilling, montering, service og rengøring af offentlige toiletter.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (herefter »FES«) er et selskab med begrænset hæftelse, en privatretlig juridisk person, der ifølge sine vedtægter bl.a. varetager affaldsbortskaffelse, gaderengøring og trafiksikkerhed på vegne af offentlige myndigheder og privatpersoner. Stadt Frankfurt ejer 51% af kapitalandelene i FES, og de resterende 49% ejes af en privat virksomhed. Vedtagelse af beslutninger på FES' generalforsamling kræver tre fjerdedeles flertal. De to selskabsdeltagere udpeger halvdelen af FES' 16 bestyrelsesmedlemmer. Arbejdstagerne udpeger otte medlemmer og hvert af de to selskabsdeltagere fire medlemmer. Stadt Frankfurt har retten til at foreslå emner til posten som bestyrelsesformand, hvis stemme er afgørende ved stemmelighed. FES har ca. 1400 medarbejdere, hvoraf ca. 800 er beskæftiget med opgaver for Stadt Frankfurt.

10 FES har en nettoomsætning på 92 mio. EUR med Stadt Frankfurt og på 52 mio. EUR med andre offentlige organer og private personer. Af FES' nettoomsætning i 2005

med Stadt Frankfurt henhører 51,3 mio. EUR under affaldsbortskaffelse og 36,2 mio. EUR under gaderengøring.

11 Den 18. december 2002 indbød Stadt Frankfurt i sin officielle tidende under overskriften »frivillig bekendtgørelse i EU-regi« til indsendelse af ansøgninger med henblik på deltagelse i et udbud om indgåelsen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser vedrørende drift, vedligeholdelse, service og rengøring af 11 kommunale toiletanlæg i en periode på 16 år. Heraf skulle to anlæg ved henholdsvis Rödelheim banegård og Galluswarte nybygges. Modydelsen for disse tjenesteydelser bestod kun i en ret til at opkræve et brugergebyr, samt adgangen til i kontraktperioden at udnytte reklameplads i og på toiletanlæggene samt andre offentlige pladser i Stadt Frankfurt.

12 Den 4. juli 2003 opfordrede Stadt Frankfurt interesserede virksomheder til at afgive bud. Et udkast til en koncessionskontrakt om tjenesteydelser var vedhæftet opfordringen, og det fremgik af udkastets § 18, stk. 2, og § 30, stk. 4, at det ikke var tilladt at udskifte en underleverandør uden Stadt Frankfurts samtykke.

13 Wall, FES og tre andre virksomheder, der også har hjemsted i Tyskland, afgav bud.

14 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at virksomheden FES i sit projekt, der var udviklet til buddet, havde oplyst følgende: »Forord — […] Opfordringen fra [Stadt Frankfurt] til at afgive bud giver FES mulighed for sammen med en ligeså effektiv og erfaren partner [Wall] at forny såvel materialerne som infrastrukturen i de offentlige toiletter og at fremlægge en realistisk og ansvarlig refinansiering i forhold til de ansatte […]. Galluswarte — […] Efter aftale med myndighederne skal et fuldt ud automatiseret City-WC fra [Wall] indbygges under broen til forstadstoget […]. Rödelheim banegård — Henset til at toiletterne på Rödelheim banegård vil blive destrueret i forbindelse med dennes omlægning, indbygges et fuldt automatiseret City-WC fra [Wall] i overensstemmelse med de eksisterende planer […]. Sikkerhedsprojekt — […]

City-WC'erne er udstyret med en mekanisme til fuldautomatisk selvrensning. Reklameprojekt — […] Markedsføringen af reklamepladsen udføres gennem FES' partner, [Wall], der er en erfaren specialist inden for området for reklamer og aktiv i hele verden […]. Anvendte reklamearealer — [Wall's] moderne og æstetiske produkter vil blive anvendt […]«

15 Wall er indehaver af flere patenter vedrørende funktionsmåden af »City-WC'erne«.

16 Den 18. marts 2004 blev Wall udelukket fra tildelingsproceduren, og virksomhedens bud blev afvist.

17 Den 9. juni 2004 blev koncessionen tildelt FES. Den tilhørende kontrakt blev indgået mellem sidstnævnte og Stadt Frankfurt den 20. og 22. juli 2004 med gyldighed indtil den 31. december 2019 (herefter »koncessionskontrakten«). Ifølge forlæggelsesafgørelsen blev FES' projekter, der var udarbejdet på baggrund af forhandlinger, gjort til genstand for en aftale, der blev indføjet i kontrakten. Stadt Frankfurt gør imidlertid gældende i sit skriftlige indlæg, at de oplysninger, der er indeholdt i FES' projekt, ikke er blevet indføjet i koncessionskontraktens indhold. Alene udpegelsen af Wall som en af FES' underleverandører var blevet indføjet i kontrakten.

18 En undersøgelse af koncessionskontraktens tekst, der er indgivet sammen med de nationale akter, viser, at Wall er udpeget som underleverandør, uden at der dog i kontrakten oplyses noget nærmere om Walls produkter eller ydelser.

19 Koncessionskontraktens § 18, stk. 2, fastsætter, at FES skal udføre bygningsarbejdet af de offentlige toiletter med virksomhedens egne midler og/eller med hjælp fra underleverandører, herunder Wall. Denne bestemmelse fastsætter, at udskiftning af underleverandøren ikke er tilladt uden skriftlig tilladelse fra Stadt Frankfurt.

20 Samme kontrakts § 30, stk. 4, præciserer, at Wall er underleverandør til FES hvad angår reklameydelserne omhandlet i den pågældende koncessionskontrakt. Ifølge ordlyden af denne bestemmelse må der ikke ske udskiftning af underleverandøren uden skriftlig tilladelse fra Stadt Frankfurt.

21 Den 5. januar 2005 blev Wall af FES opfordret til at afgive bud med hensyn til reklameydelserne, der indgik i den koncessionskontrakt, der var blevet tildelt FES. FES opfordrede endvidere virksomheden Deutsche Städte Medien GmbH (herefter »DSM«) til at afgive et sådant bud.

22 Ved skrivelse af 15. juni 2005 anmodede FES derefter Stadt Frankfurt om tilladelse til udskiftning af underleverandør i forhold til anvendelsen af reklamemateriale, idet DSM ville blive foretrukket. Den 21. juni 2005 gav Stadt Frankfurt tilladelse til udskiftningen af underleverandør.

23 FES tildelte DSM de nævnte ydelser, og den 21. juni 2005 indgik FES en kontrakt med DSM, i hvilken der fastsattes en årlig betaling af et beløb på 786 206 EUR fra DSM til FES.

24 Den 28. juli 2005 anmodede FES om et bud på leveringen af to »Wall-City-WC«. Wall afgav et bud, men den 7. september 2005 oplyste FES at have modtaget et mere fordelagtigt bud, og at FES derfor ikke kunne tage Walls bud i betragtning.

25 Ved skrivelse af 10. oktober 2005 anmodede FES i overensstemmelse med koncessionskontrakten Stadt Frankfurt om tilladelse til udskiftning af underleverandør, således at de offentlige toiletter skulle leveres ikke af Wall, men af andre selskaber.

26 Den 19. december 2005 svarede Stadt Frankfurt FES, at det ikke var nødvendigt, at den tog stilling til spørgsmålet om udskiftning af underleverandøren af de offentlige toiletter, henset til, at Stadt Frankfurt forstod, at FES for fremtiden ønskede at udføre byggearbejderne med virksomhedens egne midler og under eget ansvar. Stadt Frankfurt præciserede ved denne lejlighed, at den gik ud fra, at kravene i kontraktdokumenterne blev overholdt.

27 Wall har indgivet søgsmål for den forelæggende ret med påstand om, at FES tilpligtes at undlade dels at opfylde den kontrakt, der er indgået med DSM i forhold til reklameydelserne, dels at undlade at indgå aftale med en tredjemand og/eller at opfylde en kontrakt om konstruktionen af de to offentlige toiletter, der skulle genopbygges. Wall nedlagde endvidere påstand om, at Stadt Frankfurt tilpligtes at undlade at give tilladelse til indgåelse af en kontrakt mellem FES og en anden part end Wall selv vedrørende konstruktionen af de to offentlige toiletter. Subsidiært har Wall nedlagt påstand om, at Stadt Frankfurt og FES tilpligtes in solidum at betale Wall et beløb svarende til 1 038 682,18 EUR med tillæg af renter.

28 På den baggrund har Landgericht Frankfurt am Main besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal ligebehandlingsprincippet, der også kommer til udtryk i artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF, og det fællesskabsretlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fortolkes således, at de for offentlige myndigheder heraf udledte gennemsigtighedsforpligtelser, om at sikre tildelingen af tjenesteydelseskoncessioner en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne koncessionen på tjenesteydelser for konkurrence og at efterprøve, at udbudsproceduren gennemføres upartisk (jf. Domstolens dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60-62, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 17-22, af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 46-50, af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 21, og af 13.9.2007, sag C-260/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7083, præmis 24), påbyder den nationale ret at sikre den fravalgte bydende en ret til at kræve, at en forestående tilsidesættelse af disse forpligtelser undlades og/eller til at kræve, at fortsættelsen af en sådan tilsidesættelse undlades?

2) Hvis spørgsmål 1 besvares benægtende: Er den nævnte gennemsigtighedsforpligtelser da omfattet af De Europæiske Fællesskabers sædvaneret i den forstand, at de allerede vedvarende og fast, regelmæssigt og generelt efterleves og anerkendes af de involverede parter som bindende standard?

3) Påbyder de under spørgsmål 1 nævnte gennemsigtighedsforpligtelser også ved en planlagt ændring af en kontrakt om tjenesteydelseskoncessioner — herunder udskiftningen af en underentreprenør, der blev fremhævet ved præsentationen af buddet — på ny at åbne forhandlingerne herom for konkurrence med en passende grad af offentlighed, henholdsvis efter hvilke kriterier er en sådan åbning påkrævet?

4) Skal de i spørgsmål 1 nævnte principper og gennemsigtighedsforpligtelser fortolkes således, at i sager med tjenesteydelseskoncessioner, hvor der konstateres en tilsidesættelse af en forpligtelse, skal en kontrakt, der er indgået som følge af denne tilsidesættelse, og som har til formål at skabe eller ændre et løbende kontraktforhold, opsiges?

5) Skal de i spørgsmål 1 nævnte principper og gennemsigtighedsforpligtelser og artikel 86, stk. 1, EF i givet fald på grundlag af artikel 2, stk. 1, litra b), og artikel 2, stk. 2, i direktiv [80/723] og artikel 1, stk. 9, i direktiv [2004/18] fortolkes således, at en virksomhed som offentlig virksomhed, henholdsvis som ordregivende myndighed, er underlagt disse gennemsigtighedsforpligtelser, når

— den er oprettet af en lokal myndighed med henblik på affaldsbortskaffelse og gaderengøring, men også er aktiv på det frie marked

— denne myndighed ejer 51% af aktierne, men selskabsbeslutninger kun kan træffes med tre fjerdeles flertal

— den kun har en fjerdedel af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer, herunder bestyrelsesformanden, og

— mere end halvdelen af virksomhedens omsætning beror på gensidigt bebyrdende kontrakter om affaldsbortskaffelse og gaderengøring på denne myndigheds område, hvorved udgifterne hertil genfinansieres ved kommunale afgifter fra borgerne?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkning

29 Hovedsagen omhandler to forhold, nemlig dels den beslutning, hvorved FES udskiftede underleverandøren af de reklameydelser, der indgik i koncessionskontrakten, som Stadt Frankfurt havde tildelt FES, idet kontrakten, der fastsætter denne udskiftning, blev indgået den 21. juni 2005 med Stadt Frankfurts samtykke, og dels FES' plan om at tildele genopbygningen af to offentlige toiletter til en anden virksomhed end Wall. Denne plan kom til udtryk i en skrivelse af 10. oktober 2005, hvori FES anmodede Stadt Frankfurt om at give tilladelse til udskiftning af underleverandøren af den nævnte ydelse. Ved skrivelse af 19. december 2005 svarede den nævnte by, at det ikke var nødvendigt for den at tage stilling til spørgsmålet om udskiftning af underleverandøren af de offentlige toiletter, henset til, at Stadt Frankfurt forstod, at FES for fremtiden ønskede at udføre arbejderne med virksomhedens egne midler og under eget ansvar. Dette svar fortolkes i forelæggelsesafgørelsen således, at Stadt Frankfurt har givet tilladelse til udskiftningen af underleverandøren af de to offentlige toiletter.

Med henblik på undersøgelsen af anmodningen om en præjudiciel afgørelse i forhold til den nævnte fortolkning skal den 19. december 2005 tages som referencetidspunkt, idet denne dato er datoen for skrivelsen, hvori Stadt Frankfurt efter anmodning fra FES anses for at have givet tilladelse til udskiftningen af underleverandøren.

Det tredje spørgsmål

30 Med sit tredje spørgsmål, som skal behandles først, spørger den forelæggende ret, om ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, hvilke principper er fastsat i artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF, samt den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, påbyder ved en planlagt ændring af en kontrakt om tjenesteydelseskoncessioner — herunder udskiftningen af en bestemt underleverandør, der blev fremhævet ved præsentationen af buddet — på ny at åbne forhandlingerne herom for konkurrence med en passende grad af offentlighed, henholdsvis efter hvilke kriterier en sådan åbning er påkrævet.

31 Spørgsmålet vedrører anvendelsen af de i den foregående præmis nævnte bestemmelser og principper på en situation, hvor det i forbindelse med udførelsen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser er planlagt at udskifte en af koncessionshaverens underleverandører.

32 Henset til, at artikel 43 EF og 49 EF udgør konkrete anvendelser af det generelle forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, der er udtrykt i artikel 12 EF, er det ikke nødvendigt for at besvare det nævnte spørgsmål at henvise til sidstnævnte artikel (jf. i denne retning Domstolens dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 38 og 39, og af 17.1.2008, sag C-105/07, Lammers & Van Cleeff, Sml. I, s. 173, præmis 14).

33 På EU-rettens nuværende udviklingstrin er koncessionskontrakter om tjenesteydelser ikke omfattet af nogen af de direktiver, der er vedtaget af EU-lovgiver med henblik på regulering af offentlige kontrakter (jf. Coname-dommen, præmis 16, og Domstolens dom af 17.7.2008, sag C-347/06, ASM Brescia, Sml. I, s. 5641, præmis 57). Offentlige myndigheder, der indgår sådanne kontrakter, skal imidlertid overholde EF-traktatens grundlæggende regler, herunder især artikel 43 EF og 49 EF, samt den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed (jf. i denne retning Telaustria og Telefonadress-dommen, præmis 60-62, Coname-dommen, præmis 16-19, og Parking Brixen-dommen, præmis 46-49).

34 Denne forpligtelse til gennemsigtighed finder anvendelse på det tilfælde, hvor den pågældende koncessionskontrakt om tjenesteydelser vil kunne interessere en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor koncessionskontrakten er tildelt (jf. i denne retning Coname-dommen, præmis 17; jf. endvidere analogt Domstolens dom af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 29, og af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 66).

35 Den omstændighed, at den i hovedsagen omhandlede koncessionskontrakt om tjenesteydelser kan interessere virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat end Forbundsrepublikken Tyskland, fremgår af forelæggelsesafgørelsen, idet den nationale ret konstaterer, at indkaldelsen af bud blev annonceret i Stadt Frankfurts tidende »på EU-niveau«, og idet den finder, at en tilsidesættelse af forpligtelsen til gennemsigtighed kan udgøre en forskelsbehandling, i det mindste potentielt, der er til skade for virksomheder i andre medlemsstater.

36 Kravet om gennemsigtighed, der er pålagt offentlige myndigheder, der indgår en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, indebærer, at enhver potentiel bydende sikres en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet vedrørende tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. Telaustria og Telefonadress-dommen, præmis 60-62, Parking Brixen-dommen, præmis 46-49, og ANAV-dommen, præmis 21).

37 Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere vil væsentlige ændringer i de vigtigste bestemmelser i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i visse tilfælde nødvendiggøre, at der tildeles en ny koncessionskontrakt, når ændringerne udgør afgørende forskelle fra bestemmelserne i den oprindelige koncessionskontrakt, og dermed viser, at parterne er villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer (jf. analogt vedrørende offentlige kontrakter Domstolens dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46, og af 19.6.2008, sag C-454/06, pressetekst Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 34).

38 En ændring i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de var fremgået af den oprindelige tildelingsprocedure, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, der oprindeligt blev antaget (jf. analogt pressetekst Nachrichtenagenturdommen, præmis 35).

39 Udskiftning af en underleverandør, selv når muligheden herfor er fastsat i kontrakten, kan i særlige tilfælde udgøre en sådan ændring af et af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, når anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden — under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse — har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten, hvilket det under alle omstændigheder tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

40 Den forelæggende ret bemærker, at det oplyses i projektet, der er vedlagt det bud, der blev indgivet af FES til Stadt Frankfurt, at FES ville anvende Walls »City-WC'er«. Ifølge den forelæggende ret er det på den baggrund muligt, at koncessionen blev tildelt FES på grund af den underleverandør, som FES havde præsenteret.

41 Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om de i nærværende doms præmis 37-39 beskrevne situationer foreligger.

42 Hvis den forelæggende ret i forbindelse med denne vurdering fastslår, at der foreligger en ændring af et af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, skal alle nødvendige foranstaltninger — i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats nationale retsregler — tillades anvendt til genetablering af gennemskueligheden i proceduren, herunder en ny tildelingsprocedure. Den nye tildelingsprocedure skal i givet fald organiseres efter en fremgangsmåde, der er tilpasset den særlige beskaffenhed af den pågældende koncessionskontrakt om tjenesteydelser, og gøre det muligt for en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, at få adgang til de relevante oplysninger vedrørende den nævnte koncession før dennes tildeling.

43 Følgelig skal det tredje spørgsmål besvares med, at når ændringer, der er foretaget i bestemmelserne til en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, udgør afgørende forskelle i forhold til de bestemmelser, der er lagt til grund for tildelingen af den oprindelige koncessionskontrakt og dermed viser, at parterne er villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer, skal alle nødvendige foranstaltninger — i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats nationale retsregler — tillades anvendt til genetablering af gennemsigtigheden i proceduren, herunder en ny tildelingsprocedure. Den nye tildelingsprocedure skal i givet fald organiseres efter en fremgangsmåde, der er tilpasset den særlige beskaffenhed af den pågældende koncessionskontrakt om tjenesteydelser, og gøre det muligt for en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, at få adgang til de relevante oplysninger vedrørende den nævnte koncession før dennes tildeling.

Det femte spørgsmål

44 Med sit femte spørgsmål, der skal behandles som nummer to, spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om en koncessioneret virksomhed, der har FES' egenskaber, efter artikel 86, stk. 1, EF, i givet fald sammenholdt med artikel 2, stk. 1, litra b), og artikel 2, stk. 2, i direktiv 80/723 og med artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18/EF, er bundet af forpligtelsen til gennemsigtighed, der følger af artikel 43 EF og 49 EF, og af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, når virksomheden indgår en kontrakt om tjenesteydelser, der vedrører området for den koncession, som den offentlige myndighed har tildelt den.

45 Konkret ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 86, stk. 1, EF er relevant for fastsættelsen af anvendelsesområdet for den nævnte forpligtelse til gennemsigtighed.

46 Hvad angår artikel 86, stk. 1, EF er det tilstrækkeligt at minde om, at denne bestemmelse retter sig til medlemsstaterne og ikke til virksomhederne direkte.

47 For at fastslå, om en virksomhed med FES' egenskaber kan sidestilles med en offentlig myndighed, der er bundet af forpligtelsen til gennemsigtighed, skal der tages udgangspunkt i visse aspekter af definitionen af begrebet »ordregivende myndighed« i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 om offentlige tjenesteydelsesaftaler, i det omfang disse aspekter svarer til de krav vedrørende forpligtelsen til gennemsigtighed, der pålægges koncessionskontrakter om tjenesteydelser, og som følger af artikel 43 EF og 49 EF.

48 Disse sidstnævnte artikler, ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet samt den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed fremmer samme formål som dem, der er omhandlet i det nævnte direktiv, der især vedrører den frie bevægelighed for tjenesteydelser og indførelse af lige konkurrencevilkår i medlemsstaterne.

49 På baggrund af det ovenstående skal det undersøges, om to betingelser er opfyldt, nemlig dels at den berørte virksomhed er under effektiv kontrol af staten eller af en anden offentlig myndighed, og dels at den ikke befinder sig i en konkurrencesituation på markedet.

50 Hvad angår den første af disse to betingelser fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at selv om Stadt Frankfurt ejer 51% af kapitalen i FES, tillader et sådant ejerskab ikke Stadt Frankfurt en effektiv kontrol med ledelsen af denne virksomhed. Der kræves

således tre fjerdedeles flertal af stemmerne på generalforsamlingen med henblik på vedtagelse af dennes beslutninger.

51 De resterende 49% af kapitalen i FES ejes ikke af en eller flere andre offentlige myndigheder, men af en privat virksomhed, der som sådan følger egne hensyn til private interesser og fremmer andre formål end almenhedens interesse (jf. i denne retning Domstolens dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 50).

52 Stadt Frankfurt har endvidere alene en fjerdedel af stemmerne i FES' bestyrelse. Den omstændighed, at Stadt Frankfurt har ret til at foreslå en kandidat til posten som formand for virksomhedens bestyrelse, en post, hvis stemme er udslagsgivende i tilfælde af stemmelighed, er ikke tilstrækkelig til, at Stadt Frankfurt kan udøve en afgørende indflydelse på FES.

53 Under sådanne omstændigheder er betingelsen vedrørende en effektiv kontrol fra staten eller fra en anden offentlig myndighed ikke opfyldt.

54 Hvad angår den anden betingelse, der er nævnt i præmis 49 ovenfor, anfører den forelæggende ret, at mere end halvdelen af FES' omsætning stammer fra gensidigt bebyrdende kontrakter vedrørende affaldsbortskaffelse og gaderengøring i Stadt Frankfurt.

55 Et sådant mellemværende skal sammenlignes med det, der eksisterer i almindelige handelsmæssige forbindelser, der afvikles inden for rammerne af gensidigt bebyrdende kontrakter, der er aftalt frit mellem de kontraherende parter (jf. i denne retning Domstolens dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 25).

56 Det kan endvidere udledes af forelæggelsesafgørelsen, at FES udøver sine aktiviteter i fri konkurrence på markedet, hvilket fremgår dels af den omstændighed, at den henter en væsentlig del af sine indkomster fra aktiviteter med andre offentlige myndigheder end Stadt Frankfurt og med private virksomheder på markedet, og dels af den omstændighed, at FES har konkurreret med andre virksomheder om at opnå den i hovedsagen omhandlede koncession.

57 Under disse omstændigheder er den anden nødvendige betingelse for at kunne sidestille en virksomhed med en offentlig myndighed heller ikke opfyldt.

58 Den forelæggende ret spørger endvidere Domstolen om, hvorvidt direktiv 80/723 finder anvendelse.

59 Henset til, at dette direktiv omhandler gennemsigtigheden af de finansielle relationer mellem medlemsstaterne og de offentlige myndigheder, finder det ikke som sådan anvendelse på det emne, der er omhandlet i det femte spørgsmål.

60 Det femte spørgsmål skal følgelig besvares med, at når en koncessioneret virksomhed indgår en kontrakt om tjenesteydelser, der vedrører området for den koncession, som en lokal myndighed har tildelt virksomheden, finder den forpligtelse til gennemsigtighed, der følger af artikel 43 EF og 49 EF samt af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, ikke anvendelse på denne virksomhed, hvis:

— den er oprettet af denne lokale myndighed med henblik på affaldsbortskaffelse og gaderengøring, men også er aktiv på markedet

— den nævnte lokale myndigheds ejerskab af virksomheden udgør 51%, men selskabsbeslutninger kun kan træffes med tre fjerdedeles flertal af stemmerne på generalforsamlingen i denne virksomhed

— myndigheden kun har en fjerdedel af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer, herunder bestyrelsesformanden, udpeget af denne samme lokale myndighed, og

— mere end halvdelen af virksomhedens omsætning beror på gensidigt bebyrdende kontrakter om affaldsbortskaffelse og gaderengøring på denne myndigheds område, hvorved denne finansierer udgifterne hertil ved kommunale afgifter fra borgerne.

Det første, andet og fjerde spørgsmål

61 Med det første, andet og fjerde spørgsmål, der skal undersøges samlet, spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, fastsat i artikel 43 EF og 49 EF, og den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, dels forpligter de nationale myndigheder til at opsige en indgået kontrakt, der tilsidesætter den nævnte forpligtelse til gennemsigtighed, dels pålægger de nationale retsinstanser at sikre den fravalgte bydende en ret til at kræve, at en forestående tilsidesættelse af denne forpligtelse undlades, eller at fortsættelsen af en sådan ophører. Den nationale ret spørger endvidere, om denne forpligtelse kan anses for omfattet af EU's sædvaneret.

62 Som det blev understreget i præmis 33 i nærværende dom, er koncessionskontrakter om tjenesteydelser på EU-rettens nuværende udviklingstrin ikke omfattet af nogen af de direktiver, der regulerer området for offentlige kontrakter.

63 I henhold til Domstolens praksis tilkommer det i mangel af EU-regler hver enkelt medlemsstat i sin nationale ret at fastsætte retsmidlerne til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne (jf. i denne retning Domstolens dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

64 Sådanne retsmidler må ikke være mindre gunstige end retsmidlerne i tilsvarende nationale sager (ækvivalensprincippet), og de må ikke gøre det næsten umuligt eller yderst vanskeligt at udøve de rettigheder, der følger af EU-retten (effektivitetsprincippet) (jf. i denne retning Unibet-dommen, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

65 Det følger heraf, at ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, fastsat i artikel 43 EF og 49 EF, og den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, ikke forpligter de nationale myndigheder til at opsige en kontrakt og heller ikke pålægger de nationale domstole at afsige en forbudskendelse i hvert enkelt tilfælde af en angivelig tilsidesættelse af denne forpligtelse i forbindelse med tildelingen af koncessionskontrakter om tjenesteydelser. Det påhviler den nationale retsorden at fastsætte retsmidlerne til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som denne forpligtelse medfører for borgerne, på en sådan måde, at disse retsmidler ikke er mindre gunstige end retsmidlerne i tilsvarende nationale sager eller gør det næsten umuligt eller yderst vanskeligt at udøve rettighederne.

66 Den forelæggende ret rejser sluttelig endnu et spørgsmål. Ifølge retten udgør en rettighed, der alene er udviklet gennem Domstolens praksis, ikke en lov, der i henhold til Bürgerliches Gesetzbuch (tysk civillovbog) har til formål at beskytte og fastsætte et ansvar. Kun sædvaneretten udgør ifølge denne lov en retsnorm. Under henvisning til retspraksis ved Bundesverfassungsgericht (forfatningsdomstolen) hævder den forelæggende ret, at anerkendelse af sædvaneretten forudsætter, at der er tale om en længere praktiseret kutyme, der er vedvarende og fast, regelmæssigt og generelt efterleves, og at den er anerkendt af de involverede parter som en bindende regel.

67 Imidlertid finder den forelæggende ret, at forpligtelsen til gennemsigtighed, som udtrykt i Domstolens domme, er af så ny dato, at den ikke kan anses for sædvaneret som defineret i ovenstående præmis.

68 I den henseende bemærkes, at forpligtelsen til gennemsigtighed følger af EU-retten og især af artikel 43 EF og 49 EF (jf. i denne retning Coname-dommen, præmis 17 og 19). Disse bestemmelser, hvis overholdelse Domstolen sikrer, har direkte virkning i medlemsstaternes nationale ret og har forrang i forhold til enhver modstridende bestemmelse i national ret.

69 I henhold til især artikel 4, stk. 3, TEU tilkommer det alle medlemsstaternes myndigheder at sikre overholdelsen af EU-retten inden for rammerne af deres kompetence (jf. i denne retning Domstolens dom af 12.2.2008, sag C-2/6, Kempter, Sml. I, s. 411, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

70 Det tilkommer den nationale ret i videst muligt omfang at fortolke den nationale lovgivning, den skal anvende, i overensstemmelse med EU-retten og herved især at muliggøre, at overholdelsen af forpligtelsen til gennemsigtighed sikres (jf. i denne retning Domstolens dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

71 På ovenstående baggrund skal det første, andet og fjerde spørgsmål besvares med, at ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, fastsat i artikel 43 EF og 49 EF, og den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, ikke forpligter de nationale myndigheder til at opsige en kontrakt og heller ikke pålægger de nationale domstole at afsige en forbudskendelse i hvert enkelt tilfælde af en angivelig tilsidesættelse af denne forpligtelse i forbindelse med tildelingen af koncessionskontrakter om tjenesteydelser. Det påhviler den nationale retsorden at fastsætte retsmidlerne til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som denne forpligtelse medfører for borgerne, på en sådan måde, at disse retsmidler ikke er mindre gunstige end retsmidlerne i tilsvarende nationale sager eller gør det næsten umuligt eller yderst vanskeligt at udøve rettighederne. Forpligtelsen til gennemsigtighed udledes direkte af artikel 43 EF og 49 EF, der har direkte virkning

i medlemsstaternes nationale ret og har forrang i forhold til enhver modstridende bestemmelse i national ret.

Sagens omkostninger

72 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

1) Når ændringer, der er foretaget i bestemmelserne til en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, udgør afgørende forskelle i forhold til de bestemmelser, der er lagt til grund for tildelingen af den oprindelige koncessionskontrakt, og dermed viser, at parterne er villige til at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer, skal alle nødvendige foranstaltninger — i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats nationale retsregler — tillades anvendt til genetablering af gennemsigtigheden i proceduren, herunder en ny tildelingsprocedure. Den nye tildelingsprocedure skal i givet fald organiseres efter en fremgangsmåde, der er tilpasset den særlige beskaffenhed af den pågældende koncessionskontrakt om tjenesteydelser, og gøre det muligt for en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, at få adgang til de relevante oplysninger vedrørende den nævnte koncession før dennes tildeling.

2) Når en koncessioneret virksomhed indgår en kontrakt om tjenesteydelser, der vedrører området for den koncession, som en lokal myndighed har tildelt virksomheden, finder den forpligtelse til gennemsigtighed, der følger af artikel 43 EF og 49 EF samt af ligebehandlingsprincippet og princippet om

forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, ikke anvendelse på denne virksomhed, hvis:

— **den er oprettet af denne lokale myndighed med henblik på affaldsbortskaffelse og gaderengøring, men også er aktiv på markedet**

— **den nævnte lokale myndigheds ejerskab af virksomheden udgør 51%, men selskabsbeslutninger kun kan træffes med tre fjerdedeles flertal af stemmerne på generalforsamlingen i denne virksomhed**

— **myndigheden kun har en fjerdedel af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer, herunder bestyrelsesformanden, udpeget af denne samme lokale myndighed, og**

— **mere end halvdelen af virksomhedens omsætning beror på gensidigt bebyrdende kontrakter om affaldsbortskaffelse og gaderengøring på denne myndigheds område, hvorved denne finansierer udgifterne hertil ved kommunale afgifter fra borgerne.**

3) **Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, fastsat i artikel 43 EF og 49 EF, og den deraf afledte forpligtelse til gennemsigtighed, forpligter ikke de nationale myndigheder til at opsige en kontrakt og pålægger heller ikke de nationale domstole at afsige en forbudskendelse i hvert enkelt tilfælde af en angivelig tilsidesættelse af denne forpligtelse i forbindelse med tildelingen af koncessionskontrakter om tjenesteydelser. Det påhviler den nationale retsorden at fastsætte retsmidlerne til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som denne forpligtelse medfører for borgerne, på en sådan måde, at disse retsmidler ikke er mindre gunstige end retsmidlerne i tilsvarende nationale sager**

eller gør det næsten umuligt eller yderst vanskeligt at udøve rettighederne. Forpligtelsen til gennemsigtighed følger direkte af artikel 43 EF og 49 EF, der har direkte virkning i medlemsstaternes nationale ret og har forrang i forhold til enhver modstridende bestemmelse i national ret.

Underskrifter