DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 13 april 2010 *

I mål C-91/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Landgericht Frankfurt am Main (Tyskland) genom beslut av den 28 januari 2008, som inkom till domstolen den 28 februari 2008, i målet

Wall AG

mot

Staden Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Rättegångsspråk: tyska.

ytterligare deltagare i rättegången:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues (referent), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta och C. Toader samt domarna C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev och J.-J. Kasel,

generaladvokat: Y. Bot,
justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 juni 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Wall AG, genom H.-J. Otto, Rechtsanwalt, C. Friese och R. von zur Mühlen, Justitiare,

— staden Frankfurt-am-Main, genom L. Horn och J. Sommer, Rechtsanwälte, samt genom B. Weiß, Justitiar,

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

— Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, genom F. Hausmann och A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte,

— Tysklands regering, genom M. Lumma och J. Möller, båda i egenskap av ombud,

— Danmarks regering, genom B. Weis Fogh, i egenskap av ombud,

— Nederländernas regering, genom C. Wissels och Y. de Vries, båda i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Finlands regering, genom A. Guimaraes-Purokoski, i egenskap av ombud,

— Förenade kungarikets regering, genom S. Ossowski, i egenskap av ombud, biträdd av J. Coppel, barrister,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom D. Kukovec, B. Schima och C. Zadra, samtliga i egenskap av ombud,

— Eftas övervakningsmyndighet, genom N. Fenger, B. Alterskjær och L. Armati, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 27 oktober 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG, principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet samt av den därav följande skyldigheten att lämna insyn, i samband med tilldelning av tjänstekoncessioner.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Wall AG (nedan kallat Wall) och staden Frankfurt-am-Main (nedan kallad staden Frankfurt) rörande tilldelning av en tjänstekoncession avseende drift och underhåll av vissa offentliga toaletter i staden.

Tillämpliga bestämmelser

3 I artikel 2 i kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (EGT L 195, s. 35; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 54), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000 (EGT L 193, s. 75) (nedan kallat direktiv 80/723), föreskrivs följande:

”1. I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

…

b) offentliga företag: varje företag, över vilket de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande till följd av ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler.

…

2. Ett dominerande inflytande skall anses föreligga, när de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt

a) äger majoriteten av företagets tecknade egenkapital,

b) kontrollerar majoriteten av röstetalet för bolagets samtliga aktier, eller

c) har rätt att utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa eller verkställande ledning eller i dess styrelse.”

4 I artikel 1 b i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 (EGT L 285, s. 1) (nedan kallat direktiv 92/50), föreskrivs följande:

”b) upphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Med organ som lyder under offentlig rätt avses varje organ som

— tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,

— är en juridisk person,

och

— till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

...”

5 I artikel 17 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i artikel 3 skall detta direktiv inte tillämpas på tjänstekoncessioner enligt artikel 1.4.”

6 Artikel 80.1 första stycket i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 31 januari 2006. De skall genast underrätta kommissionen om detta.”

7 I artikel 82 första stycket i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”Direktiv 92/50/EEG, med undantag av artikel 41, samt direktiven 93/36/EEG och 93/37/EEG skall upphöra att gälla med verkan från och med den dag som anges i artikel 80 utan att detta påverkar medlemsstaternas skyldigheter när det gäller fristerna för överföring och tillämpning enligt bilaga XI.”

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

8 Wall förvaltar reklamutrymme på gator och offentliga platser och ägnar sig härvid även åt tillverkning, montering, underhåll och städning av offentliga toaletter.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (nedan kallat FES) är ett bolag med begränsat ansvar, en privaträttslig juridisk person, vars verksamhetsföremål består i bortskaffande och hantering av avfall, gaturengöring och främjande av trafiksäkerheten på uppdrag av offentliga myndigheter och privatpersoner. Staden Frankfurt äger 51 procent av andelarna i FES, medan resterande 49 procent innehas av ett privaträttsligt bolag. Beslut i FES fattas vid bolagsstämman med tre fjärdedelars majoritet. Hälften av FES 16 styrelsemedlemmar utses av delägarna. Arbetstagarna utser åtta styrelsemedlemmar och de båda delägarna utser var och en fyra medlemmar. Staden Frankfurt har rätt att föreslå styrelseordförande, som har utslagsröst. FES har ungefär 1 400 anställda, varav cirka 800 har arbetsuppgifter som rör staden Frankfurt.

10 FES har en nettoomsättning på 92 miljoner euro som rör staden Frankfurt och 52 miljoner som rör andra offentligrättsliga organ och privatpersoner. Av FES

nettoomsättning rörande staden Frankfurt för år 2005 avsåg 51,3 miljoner euro bortskaffande av avfall och 36,2 miljoner euro gaturengöring.

11 Den 18 december 2002 utannonserade staden Frankfurt i sin offentliga tidning en ”frivillig anbudsinfordran på EU-nivå” som rörde en tjänstekoncession avseende drift, underhåll, service och rengöring av elva toalettanläggningar i staden för 16 år framåt. Av dessa elva toalettanläggningar skulle två också byggas, nämligen vid Rödelheims station och i Galluswarte. Vederlaget för dessa tjänster skulle endast bestå i rätten att ta ut avgifter från användarna samt att under avtalsperioden använda WC-anläggningarnas interiör och exteriör som reklamutrymme och även att använda andra offentliga platser inom staden Frankfurts territorium för samma ändamål.

12 Den 4 juli 2003 uppmanade staden Frankfurt intresserade företag att inge anbud, varvid ett förslag till avtal om tjänstekoncessionen bifogades. I 18 § punkt 2 och 30 § punkt 4 i detta förslag angavs att en underentreprenör endast fick bytas ut med staden Frankfurts godkännande.

13 Wall, FES och tre andra företag som också var etablerade i Tyskland ingav anbud.

14 Det framgår av beslutet om hänskjutande att FES gav följande upplysningar angående det projekt som bolaget utarbetat för sitt anbud: ”Förord – … Genom [staden Frankfurts] anbudsinfordran får FES möjlighet att, tillsammans med en så effektiv och erfaren partner som [Wall], förnya såväl material som infrastruktur i stadens offentliga toaletter och att lägga fram en refinansiering som är realistisk och ansvarsfull gentemot de anställda … Galluswarte – … I samråd med myndigheterna kommer en helautomatisk City-WC-anläggning från [Wall] att uppföras under bron till förortståget… Rödelheims station – Med hänsyn till att toaletterna på Rödelheims station kommer att rivas under stationens ombyggnad kommer en helautomatiserad City-WC från [Wall] att uppföras i enlighet med förefintliga ritningar … Projekt

rörande säkerhet – … City-WC har en helautomatisk rengöringsmekanism. Reklamprojekt – … Marknadsföring av reklamutrymme kommer att handhas av FES partner, [Wall], som är en erfaren specialist på området verksam i hela världen … Reklambärare – [Walls] moderna och estetiska produkter kommer att användas …”

15 Wall innehar flera patent avseende City-WC:s funktionssätt.

16 Den 18 mars 2004 uteslöts Wall från tilldelningsförfarandet och bolagets anbud förkastades.

17 Den 9 juni 2004 tilldelades FES koncessionen. Ett avtal rörande koncessionen ingicks mellan FES och staden Frankfurt den 20 och den 22 juli 2004 för en tid fram till den 31 december 2019 (nedan kallat koncessionsavtalet). Enligt beslutet om hänskjutande blev FES projekt, vilka förhandlats fram, föremål för ett avtal som infogades i koncessionsavtalet. Staden Frankfurt har emellertid i sitt skriftliga yttrande hävdat att de uppgifter som finns i FES projekt inte var införda i koncessionsavtalet. Endast uppgiften att Wall var en av FES underentreprenörer hade förts in.

18 En undersökning av koncessionsavtalet, vilket ingetts tillsammans med handlingarna i målet vid den nationella domstolen, ger vid handen att Wall utpekas som underentreprenör men att det i avtalet inte ges vidare upplysningar angående bolagets produkter eller tjänster.

19 I 18 § punkt 2 i koncessionsavtalet föreskrivs att FES ska uppföra de offentliga toaletterna i egen regi och/eller med hjälp av underentreprenörer, däribland Wall. I denna bestämmelse anges att en underentreprenör endast får bytas ut med staden Frankfurts skriftliga godkännande.

20 I 30 § punkt 4 i nämnda avtal preciseras att Wall är underentreprenör till FES beträffande de reklamtjänster som avses i den aktuella koncessionen. Enligt denna bestämmelse får en underentreprenör endast bytas ut med staden Frankfurts skriftliga godkännande.

21 Den 5 januari 2005 uppmanade FES Wall att inge ett anbud avseende de reklamtjänster som omfattades av den koncession som FES tilldelats. FES uppmanade dessutom företaget Deutsche Städte Medien GmbH (nedan kallat DSM) att inge ett sådant anbud.

22 I skrivelse av den 15 juni 2005 begärde FES staden Frankfurts medgivande till att byta underentreprenör till DSM, med avseende på användningen av reklammaterialet. Staden samtyckte den 21 juni 2005 till detta byte av underentreprenör.

23 FES tilldelade DSM utförandet av nämnda tjänster och slöt den 21 juni 2005 ett avtal med nämnda bolag i vilket det föreskrevs att DSM skulle betala FES en årlig ersättning med 786 206 euro.

24 Den 28 juli 2005 begärde FES ett anbud avseende leverans av två ”Wall-City-WC”. Wall ingav ett anbud men underrättades, den 7 september 2005, om att FES hade fått ett mer konkurrenskraftigt anbud och att Walls anbud därför inte kunde beaktas.

25 I skrivelse av den 10 oktober 2005 begärde FES att staden Frankfurt, i enlighet med koncessionsavtalet, skulle godkänna ett byte av underentreprenör så att de offentliga toaletterna inte levererades av Wall utan av andra företag.

26 Den 19 december 2005 svarade staden Frankfurt att den inte hade att ta ställning till frågan angående ett byte av underentreprenör avseende de offentliga toaletterna, eftersom staden ansåg att FES fortsättningsvis önskade genomföra arbetena i egen regi och på eget ansvar. Staden Frankfurt preciserade därvid att den ansåg att kraven i kontraktshandlingarna var uppfyllda.

27 Wall väckte talan vid den nationella domstolen och yrkade att FES skulle förpliktas att avhålla sig från, för det första, att genomföra det avtal avseende reklamtjänster som ingåtts med DSM och, för det andra, att med en utomstående ingå och/eller genomföra ett avtal om uppförande av de två offentliga toaletter som skulle byggas. Wall yrkade även att staden Frankfurt skulle förpliktas att avhålla sig från att godkänna att ett avtal slöts mellan FES och en annan part än Wall, avseende uppförande av dessa båda offentliga toaletter. I andra hand yrkade Wall att staden Frankfurt och FES skulle förpliktas att till Wall solidariskt betala ett belopp på 1 038 682,18 euro, jämte ränta.

28 Mot denna bakgrund beslutade Landgericht Frankfurt am Main att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska likabehandlingsprincipen och det gemenskapsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet enligt artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG tolkas så, att den därav följande skyldigheten för de offentliga myndigheterna att lämna insyn, genom att se till att upphandling av tjänstekoncessioner kringgärdas av sådan grad av offentlighet som öppnar för konkurrens och som gör det möjligt att pröva huruvida upphandlingsförfarandet har genomförts på ett opartiskt sätt (se dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria, REG 2000, s. I-10745, punkterna 60–62, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkterna 17–22, av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkterna 46–50, av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV, REG 2006, s. I-3303, punkt 21, och av den 13 september 2007 i mål C-260/04, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-7083, punkt 24), innebär att nationell rätt ska göra det möjligt för en anbudsgivare vars anbud inte har antagits att utverka ett föreläggande i syfte att förebygga ett nära förestående åsidosättande av dessa skyldigheter och/eller att få ett sådant åsidosättande att upphöra?

2) För det fall fråga 1 besvaras nekande: Hör ovannämnda skyldighet att lämna insyn till Europeiska gemenskapernas sedvanerätt, i så måtto att den redan tillämpas på ett stadigvarande och ständigt, regelmässigt och allmänt sätt och att berörda rättssubjekt erkänner den som en bindande norm?

3) Innebär den i fråga 1 nämnda skyldigheten att lämna insyn vid en planerad ändring i ett avtal om tjänstekoncession – inbegripet ett byte av en underentreprenör som angetts vid upphandlingen – även en skyldighet att på nytt öppna förhandlingarna därom för konkurrens med en lämplig grad av offentlighet, och enligt vilka kriterier ska i sådant fall ett sådant öppnande för konkurrens ske?

4) Ska de i fråga 1 nämnda principerna och skyldigheten att lämna insyn tolkas på så sätt att om en förpliktelse har åsidosatts i samband med tjänstekoncessioner, ska ett avtal som har slutits till följd av detta åsidosättande och som är avsett att skapa eller ändra löpande förpliktelser sägas upp?

5) Ska de i fråga 1 nämnda principerna och skyldigheten att lämna insyn samt artikel 86.1 EG, i förekommande fall jämförd med artikel 2.1 b och 2.2 i direktiv [80/723] och artikel 1.9 i direktiv [2004/18], tolkas så, att ett företag i egenskap av offentligt företag eller upphandlande myndighet har en sådan skyldighet att lämna insyn, om

— företaget har bildats av en regional eller lokal myndighet för att handha bortskaffande av avfall och gaturengöring men företaget även är verksamt på den fria marknaden,

— nämnda regionala eller lokala myndighet äger 51 procent av företaget men företagsbeslut endast kan fattas med tre fjärdedelars majoritet,

— nämnda regionala eller lokala myndighet utser endast en fjärdedel av styrelseledamöterna, däribland styrelseordföranden, och

— mer än hälften av företagets omsättning härrör från ömsesidigt förpliktande avtal rörande bortskaffande av avfall och gaturengöring inom nämnda regionala eller lokala myndighets geografiska ansvarsområde och denna verksamhet finansieras genom avgifter som betalas av invånarna?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

29 Målet vid den nationella domstolen rör två omständigheter. Dessa utgörs av, för det första, det beslut varigenom FES bytte underentreprenör för de reklamtjänster som omfattades av den tjänstekoncession som bolaget tilldelats av staden Frankfurt. Detta byte fastställdes i avtal av den 21 juni 2005, vilket slutits med staden Frankfurts godkännande. Den andra omständigheten utgörs av FES avsikt att uppdra åt en annan aktör än Wall att uppföra två offentliga toaletter. Denna avsikt uttrycktes i en skrivelse av den 10 oktober 2005 i vilken FES begärde staden Frankfurts godkännande av ett byte av underentreprenör avseende denna prestation. Genom skrivelse av den 19 december 2005 svarade staden Frankfurt FES att den inte hade att ta ställning till frågan om ett byte av underentreprenör avseende de offentliga toaletterna, eftersom staden ansåg att FES fortsättningsvis önskade genomföra arbetena i egen regi och på eget ansvar. Detta svar tolkades i beslutet om hänskjutande på så sätt att staden Frankfurt samtyckte till bytet av underentreprenör avseende leveransen av de två

offentliga toaletterna. Mot bakgrund av denna tolkning ska den 19 december 2005 vara referensdatum vid prövningen av begäran om förhandsavgörande, eftersom detta är datum för den skrivelse varigenom staden Frankfurt anses ha samtyckt till det av FES begärda bytet av underentreprenör.

Den tredje frågan

30 Den nationella domstolen har ställt den tredje frågan, vilken ska prövas först, för att få klarhet i huruvida principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet enligt artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, vid en planerad ändring i ett avtal om tjänstekoncession – inbegripet ett byte av en underentreprenör som angetts vid upphandlingen – innebär en skyldighet att på nytt öppna förhandlingarna därom för konkurrens med en lämplig grad av offentlighet, och enligt vilka kriterier ett sådant öppnande för konkurrens i sådant fall ska ske.

31 Denna fråga avser tillämpningen av de i föregående punkt nämnda reglerna och principerna i en situation där det, i samband med genomförandet av ett avtal om tjänstekoncession, har funnits en avsikt att ersätta en av koncessionsinnehavarens underentreprenörer.

32 Med hänsyn till att artiklarna 43 EG och 49 EG utgör särskilda tillämpningar av det allmänna förbud mot diskriminering på grund av nationalitet som slås fast i artikel 12 EG, är det inte nödvändigt att hänvisa till denna bestämmelse för att besvara den tredje frågan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 mars 2001 i de förenade målen C-397/98 och C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., REG 2001, s. I-1727, punkterna 38 och 39, och av den 17 januari 2008 i mål C-105/07, Lammers & Van Cleeff, REG 2008, s. I-173, punkt 14).

33 På unionsrättens nuvarande stadium omfattas avtal om tjänstekoncession inte av tillämpningsområdet för något av de direktiv genom vilka unionens lagstiftare har reglerat området för offentlig upphandling (se domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 16, och dom av den 17 juli 2008 i mål C-347/06, ASM, REG 2008, s. I-5641, punkt 57). Offentliga myndigheter som ingår sådana avtal är emellertid skyldiga att iaktta EG-fördragets grundläggande bestämmelser, särskilt artiklarna 43 EG och 49 EG, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Telaustria och Telefonadress, punkterna 60–62, Coname, punkterna 16–19, och Parking Brixen, punkterna 46–49).

34 Denna skyldighet att lämna insyn gäller när den aktuella tjänstekoncessionen kan vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där koncessionen tilldelas (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 17, se även analogt dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-9777, punkt 29, och av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-619, punkt 66).

35 Att den tjänstekoncession som är aktuell i målet vid den nationella domstolen kan vara av intresse för företag i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland framgår av beslutet om hänskjutande, genom att den nationella domstolen konstaterade att anbudsinfordran hade annonserats i staden Frankfurts officiella tidning, med angivelsen att den var på ”EU-nivå”, och genom att nämnda domstol fann att ett åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn skulle kunna utgöra en, åtminstone potentiell, diskriminering till nackdel för företag i andra medlemsstater.

36 Skyldigheten att lämna insyn, som åvilar offentliga myndigheter som ingår ett avtal om tjänstekoncession, innebär att alla potentiella anbudsgivare ska garanteras en tillräcklig grad av offentlighet för att tjänstekoncessionen ska kunna öppnas för konkurrens och för att det ska gå att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska (se domarna i de ovannämnda målen Telaustria och Telefonadress, punkterna 60–62, Parking Brixen, punkterna 46–49, och ANAV, punkt 21).

37 I syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna skulle betydande ändringar som görs i de väsentliga bestämmelserna i ett avtal om tjänstekoncession, under vissa förutsättningar, kunna kräva att ett nytt koncessionsavtal tilldelas, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga koncessionsavtalet och följaktligen är ägnade att visa på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i detta avtal (se i analogi med offentlig upphandling dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-8377, punkterna 44 och 46, och av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, REG 2008, s. I-4401, punkt 34).

38 En ändring i ett avtal om tjänstekoncession under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (se analogt domen i det ovannämnda målet pressetext Nachrichtenagentur, punkt 35).

39 Ett byte av underentreprenör kan, även om denna möjlighet föreskrivs i avtalet, i undantagsfall utgöra en sådan ändring i en av de väsentliga delarna i koncessionsavtalet, när användning av en underentreprenör i stället för en annan, med hänsyn till den aktuella prestationens särdrag, har varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande, vilket det under alla omständigheter ankommer på den nationella domstolen att pröva.

40 Den nationella domstolen har angett att FES i det projekt som bifogats företagets anbud till staden Frankfurt uppgav att det var Walls City-WC som skulle användas. Enligt den nationella domstolen var det därför troligt att koncessionen tilldelats FES på grund av den underentreprenör som företaget hade angett.

41 Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida de omständigheter som beskrivits ovan i punkterna 37–39 är för handen.

42 Om den nationella domstolen vid denna bedömning finner att en av de väsentliga delarna i koncessionsavtalet har ändrats ska den, i enlighet med den berörda medlemsstatens rättsordning, förordna om alla nödvändiga åtgärder för att återställa insynen i förfarandet, inbegripet genomförandet av ett nytt tilldelningsförfarande. I förekommande fall ska det nya tilldelningsförfarandet genomföras på ett sätt som är anpassat till den aktuella tjänstekoncessionens särdrag och vara sådant att företag i andra medlemsstater kan få tillgång till relevant information angående koncessionen innan beslut om tilldelning fattas.

43 Den tredje frågan ska således besvaras enligt följande. När ändringar som vidtas i bestämmelserna i ett avtal om tjänstekoncession medför betydande skillnader i förhållande till de bestämmelser som låg till grund för tilldelningen av den ursprungliga koncessionen och följaktligen är ägnade att visa på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i detta avtal ska det, i enlighet med den berörda medlemsstatens rättsordning, förordnas om alla nödvändiga åtgärder för att återställa insynen i förfarandet, inbegripet genomförandet av ett nytt tilldelningsförfarande. I förekommande fall ska det nya tilldelningsförfarandet genomföras på ett sätt som är anpassat till den aktuella tjänstekoncessionens särdrag och vara sådant att företag i andra medlemsstater kan få tillgång till relevant information angående koncessionen innan beslut om tilldelning fattas.

Den femte frågan

44 Domstolen övergår nu till att pröva den femte frågan, som har ställts för att få klarhet i huruvida ett företag med samma grunddrag som FES och som innehar en koncession, mot bakgrund av artikel 86.1 EG, i förekommande fall jämförd med artikel 2.1 b och 2.2 i direktiv 80/723 och artikel 1.9 i direktiv 2004/18, är bundet av den skyldighet att lämna insyn som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG och av principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, när detta företag ingår ett avtal om tjänster som omfattas av den koncession som företaget tilldelats av den offentliga myndigheten.

45 Närmare bestämt vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida artikel 86.1 EG är relevant när det gäller att fastställa tillämpningsområdet för nämnda skyldighet att lämna insyn.

46 Med avseende på artikel 86.1 EG räcker det att erinra om att denna bestämmelse riktar sig till medlemsstaterna och inte direkt till företagen.

47 För att fastställa huruvida ett företag med samma grunddrag som FES kan jämställas med en offentlig myndighet som är bunden av skyldigheten att lämna insyn, ska ledning hämtas i vissa aspekter av definitionen av begreppet upphandlande myndighet i artikel 1 b i direktiv 92/50 om offentlig upphandling av tjänster, i den mån dessa aspekter motsvarar de krav som ställs när den skyldighet att lämna insyn som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG tillämpas på tjänstekoncessioner.

48 De sistnämnda artiklarna och principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, har nämligen samma syften som nämnda direktiv, vilka särskilt avser fri rörlighet för tjänster och en icke snedvriden konkurrens i medlemsstaterna.

49 Mot bakgrund av det ovan anförda ska domstolen pröva huruvida två villkor är uppfyllda, nämligen för det första, att det berörda företaget verkligen kontrolleras av staten eller en annan offentlig myndighet och, för det andra, att det inte befinner sig i en konkurrenssituation på marknaden.

50 När det gäller det första villkoret följer det av beslutet om hänskjutande att trots att staden Frankfurt innehar 51 procent av kapitalet i FES inte detta att staden verkligen

kontrollerar förvaltningen av detta företag. Det krävs nämligen tre fjärdedelars majoritet för att bolagsstämman ska kunna fatta beslut om företaget.

51 Resterande 49 procent av kapitalet i FES innehas inte av en eller flera andra offentliga myndigheter utan av ett privat bolag som i denna egenskap styrs av överväganden som är specifika för privata intressen och har andra mål än allmänintresset (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 50).

52 Dessutom har staden Frankfurt endast en fjärdedel av rösterna i FES styrelse. Det faktum att staden Frankfurt har rätt att föreslå styrelseordförande, som har utslagsröst, räcker inte för att staden ska ha ett avgörande inflytande över FES.

53 Under dessa omständigheter är villkoret rörande verklig kontroll från statens eller en annan offentlig myndighets sida inte uppfyllt.

54 Vad gäller det andra villkor som nämnts ovan i punkt 49 har den nationella domstolen angett att mer än hälften av FES omsättning härrör från ömsesidigt förpliktande avtal rörande bortskaffande av avfall och gaturengöring i staden Frankfurt.

55 Ett sådant förhållande ska jämställas med det som existerar i normala kommersiella relationer, vilka utvecklas genom ömsesidigt förpliktande avtal som förhandlas fritt mellan avtalsparterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkt 25).

56 Det kan för övrigt utläsas av beslutet om hänskjutande att FES bedriver sin verksamhet i en konkurrenssituation på marknaden. Detta följer dels av att en betydande andel av företagets intäkter härrör från verksamhet med andra offentliga myndigheter än staden Frankfurt och med privata företag på marknaden, dels av att FES konkurrerade med andra företag vid tilldelningen av den koncession som är aktuell i målet vid den nationella domstolen.

57 Under dessa omständigheter uppfylls inte heller det andra villkor som krävs för att ett företag ska jämställas med en offentlig myndighet.

58 Den nationella domstolen har även frågat huruvida direktiv 80/723 är tillämpligt.

59 I den mån detta direktiv rör insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag är det inte tillämpligt som sådant på det ämne som avses i den femte frågan.

60 Den femte frågan ska följaktligen besvaras enligt följande. När ett företag som innehar en koncession ingår ett avtal om tjänster som omfattas av den koncession som företaget tilldelats av en regional eller lokal myndighet, är inte den skyldighet att lämna insyn som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet tillämpliga, om följande omständigheter föreligger:

— Företaget har bildats av en regional eller lokal myndighet för att handha bortskaffande av avfall och gaturengöring, men är även verksamt på marknaden.

— Den regionala eller lokala myndigheten äger 51 procent av företaget, men förvaltningsbeslut kan dock endast fattas med tre fjärdedelar av rösterna vid bolagsstämman i företaget.

— Den regionala eller lokala myndigheten utser endast en fjärdedel av styrelsemedlemmarna, däribland styrelseordföranden.

— Mer än hälften av företagets omsättning härrör från ömsesidigt förpliktande avtal rörande bortskaffande av avfall och gaturengöring inom nämnda regionala eller lokala myndighets geografiska ansvarsområde, och denna verksamhet finansieras genom kommunala avgifter som betalas av invånarna.

Den första, den andra och den fjärde frågan

61 Den nationella domstolen har ställt den första, den andra och den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, vilka kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, innebär dels att nationella myndigheter måste säga upp ett avtal som slutits i strid med nämnda skyldighet att lämna insyn, dels att nationella domstolar måste göra det möjligt för en anbudsgivare vars anbud inte har antagits att utverka ett föreläggande i syfte att förebygga ett nära förestående åsidosättande av dessa skyldigheter eller i syfte att få ett sådant åsidosättande att upphöra. Den nationella domstolen frågar även om denna skyldighet kan anses utgöra en del av unionens sedvanerätt.

62 Såsom domstolen har framhållit i punkt 33 ovan omfattas avtal om tjänstekoncession på unionsrättens nuvarande stadium inte av tillämpningsområdet för något av de direktiv som reglerar området för offentlig upphandling.

63 Enligt domstolens rättspraxis ankommer det i avsaknad av unionsrättsliga föreskrifter på området på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet, REG 2007, s. I-2271, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

64 Dessa rättsmedel får varken vara mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Unibet, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

65 Av detta följer att principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, vilka kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, inte innebär att de offentliga myndigheterna måste säga upp ett avtal eller att de nationella domstolarna måste utfärda ett föreläggande varje gång det görs gällande att denna skyldighet har åsidosatts vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Det ankommer på den interna rättsordningen att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för de rättigheter som denna skyldighet medför för enskilda på ett sådant sätt att dessa rättsmedel varken är mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt eller gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter.

66 Den nationella domstolen har slutligen väckt ytterligare en fråga. Den anser att rättsbildning som sker endast genom rättspraxis inte kan utgöra en sådan skyddsregel för enskilda (”Schutzgesetz”) som grundar skadeståndsansvar enligt den tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch). Endast sedvanerätten utgör rättsregler i den mening som avses i civillagen. Den nationella domstolen har med hänvisning till rättspraxis från Bundesverfassungsgericht (författningsdomstolen) angett att erkännande av sedvanerätt förutsätter en längre tids tillämpning, som är varaktig och fast, regelbunden och allmän och att berörda rättssubjekt godtar den som bindande norm.

67 Enligt den nationella domstolen är emellertid den skyldighet att lämna insyn som domstolen har formulerat i sin rättspraxis så nyligen tillkommen att den inte kan anses ha uppnått ställning som sedvanerätt, såsom denna definierats i föregående punkt.

68 Det ska i detta avseende påpekas att skyldigheten att lämna insyn följer av unionsrätten, särskilt av artiklarna 43 EG och 49 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Coname, punkterna 17–19). Dessa bestämmelser, vilkas efterlevande domstolen säkerställer, har direkt effekt i medlemsstaternas interna rättsordning och har företräde framför alla däremot stridande bestämmelser i nationell rätt.

69 Av bland annat artikel 4.3 FEU följer att det ankommer på samtliga myndigheter i medlemsstaterna att inom ramen för sin behörighet säkerställa att unionsrätten efterlevs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 2008 i mål C-2/06, Kempter, REG 2008, s. I-411, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

70 Det ankommer på den nationella domstolen att i så stor utsträckning som möjligt tolka den nationella lag som den ska tillämpa på ett sätt som överensstämmer med unionsrättens krav och som, i synnerhet, gör det möjligt att säkerställa att skyldigheten att lämna insyn efterlevs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex, REG 2003, s. I-1877, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

71 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första, den andra och den fjärde frågan besvaras enligt följande. Principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, vilka kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, innebär inte att nationella myndigheter måste säga upp ett avtal eller att nationella domstolar måste utfärda ett föreläggande varje gång det görs gällande att denna skyldighet har åsidosatts vid tilldelning av en tjänstekoncession. Det ankommer på den interna rättsordningen att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för de rättigheter som denna skyldighet medför för enskilda, på ett sådant sätt att dessa rättsmedel varken är mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt eller gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter. Skyldigheten att lämna insyn följer direkt av artiklarna 43 EG och 49 EG, vilka har direkt effekt i

medlemsstaternas interna rättsordning och vilka har företräde framför alla däremot stridande bestämmelser i de nationella rättsordningarna.

Rättegångskostnader

72 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

1) När ändringar som vidtas i bestämmelserna i ett avtal om tjänstekoncession medför betydande skillnader i förhållande till de bestämmelser som låg till grund för tilldelningen av den ursprungliga koncessionen och följaktligen är ägnade att visa på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i detta avtal, ska det, i enlighet med den berörda medlemsstatens rättsordning, förordnas om alla nödvändiga åtgärder för att återställa insynen i förfarandet, inbegripet genomförandet av ett nytt tilldelningsförfarande. I förekommande fall ska det nya tilldelningsförfarandet genomföras på ett sätt som är anpassat till den aktuella tjänstekoncessionens särdrag och vara sådant att företag i andra medlemsstater kan få tillgång till relevant information angående koncessionen innan beslut om tilldelning fattas.

2) När ett företag som innehar en koncession ingår ett avtal om tjänster som omfattas av den koncession som företaget tilldelats av en regional eller lokal myndighet, är inte den skyldighet att lämna insyn som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om likabehandling och om förbud mot

diskriminering på grund av nationalitet tillämpliga, om följande omständigheter föreligger:

— **Företaget har bildats av en regional eller lokal myndighet för att handha bortskaffande av avfall och gaturengöring, men är även verksamt på marknaden.**

— **Den regionala eller lokala myndigheten äger 51 procent av företaget, men förvaltningsbeslut kan dock endast fattas med tre fjärdedelar av rösterna vid bolagsstämman i företaget.**

— **Den regionala eller lokala myndigheten utser endast en fjärdedel av styrelsemedlemmarna, däribland styrelseordföranden.**

— **Mer än hälften av företagets omsättning härrör från ömsesidigt förpliktande avtal rörande bortskaffande av avfall och gaturengöring inom nämnda regionala eller lokala myndighets geografiska ansvarsområde, och denna verksamhet finansieras genom kommunala avgifter som betalas av invånarna.**

3) **Principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, vilka kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, innebär inte att nationella myndigheter måste säga upp ett avtal eller att nationella domstolar måste utfärda ett föreläggande varje gång det görs gällande att denna skyldighet har åsidosatts vid tilldelning av en tjänstekoncession. Det ankommer på den interna rättsordningen att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för de rättigheter som denna skyldighet medför för enskilda, på ett sådant sätt att dessa rättsmedel varken är mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt eller gör det i praktiken omöjligt**

eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter. Skyldigheten att lämna insyn följer direkt av artiklarna 43 EG och 49 EG, vilka har direkt effekt i medlemsstaternas interna rättsordning och vilka har företräde framför alla däremot stridande bestämmelser i de nationella rättsordningarna.

Underskrifter