FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 27. oktober 2009[1]

1. Med denne præjudicielle forelæggelse ønsker Landgericht Frankfurt am Main (Tyskland) i hovedsagen oplyst, hvilket omfang gennemsigtighedsforpligtelsen har, og hvilke konsekvenser der skal drages af en tilsidesættelse heraf inden for rammerne af en procedure om indgåelse af en tjenesteydelseskoncession.

2. Spørgsmålet er forelagt i forbindelse med en tvist mellem virksomheden Wall AG[2] på den ene side og Stadt Frankfurt am Main og virksomheden Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3] på den anden side vedrørende gennemførelse af en koncession til drift, service og rengøring af offentlige toiletter i byen.

3. Denne sag vil give Domstolen mulighed for at præcisere betingelserne for, at en ordregivende myndighed kan samtykke i en ændring af koncessionskontrakten i løbet af gennemførelsen af denne uden herved at se bort fra gennemsigtighedsforpligtelsen.

4. Den vil ligeledes give Domstolen mulighed for at præcisere de betingelser for overholdelse af denne forpligtelse, der påhviler et joint venture-selskab oprettet inden for rammerne af et offentligt-privat partnerskab.

5. Endelig giver de spørgsmål, som Landgericht Frankfurt am Main har stillet, Domstolen mulighed for at præcisere retningslinjerne for domstolskontrollen med beslutninger truffet inden for rammerne af tjenesteydelseskoncessioner. Domstolen bør navnlig undersøge, om fællesskabsretten, når den kompetente nationale ret konstaterer en tilsidesættelse af gennemsigtighedsforpligtelsen i forbindelse med indgåelse af en tjenesteydelseskoncession, kræver, at medlemsstaterne anerkender en beføjelse for deres nationale domstole til at udstede påbud over for kontraktens parter.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — Herefter »sagsøgeren«.
3 — Herefter »FES«.

I — Retsforskrifter

A — *Primær ret*

6. EF-traktaten begrænser ikke medlemsstaternes frihed til at indgå koncessionskontrakter om tjenesteydelser, for så vidt som retningslinjerne for tildeling af disse er forenelige med de bestemmelser, der etablerer det indre marked og garanterer dets virkemåde.

7. Som enhver statslig akt, der fastsætter de betingelser, som gælder for udøvelse af økonomiske aktiviteter, er tildelingen af en koncession således underlagt traktatens principper om etableringsret (artikel 43 EF) og fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF) og skal overholde reglerne om forbud mod forskelsbehandling som følge af nationalitet (artikel 12 EF, stk. 1).

8. Tildeling af en koncession skal desuden respektere de principper, som Domstolen har udledt på grundlag af disse bestemmelser, navnlig principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis rækkevidde jeg vil redegøre for i det følgende. Selv om denne retspraksis især vedrører tvister om kontrakter om offentlige indkøb, har de principper, der kan udledes af den, dog en rækkevidde, der går længere end de nævnte kontrakter. Jeg går ud fra den antagelse, at disse principper ligeledes finder anvendelse på andre situationer, navnlig koncessioner.

B — *Afledt ret*

9. Som fællesskabsretten ser ud i øjeblikket, er kontrakter om tjenesteydelseskoncessioner ikke omfattet af nogen afledt lovgivning[4]. Alligevel gør de bestemmelser, der er vedtaget i direktiverne om indgåelse af offentlige aftaler, det muligt at vurdere visse retningslinjer for indgåelse af denne type kontrakter.

1. Lovgivning om samordning af procedurer for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler

10. Begrebet »ordregivende myndigheder« er først og fremmest defineret i artikel 1, litra b),

4 — Den afledte fællesskabsret indeholder i øjeblikket alene regler, der finder anvendelse på koncessioner om bygge- og anlægsarbejder indgået inden for de traditionelle sektorer.

i direktiv 92/50/EØF[5]. Det fremgår af ottende betragtning til direktivet, at det finder anvendelse på »offentlige tjenesteydelsesaftaler«[6], og dermed er tjenesteydelseskoncessioner udelukket fra dets anvendelsesområde. Formålet med direktiv 92/50 er at fjerne hindringerne for fri udveksling af tjenesteydelser og varer, og det beskytter de interesser, som de erhvervsdrivende, der ønsker at udbyde varer eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder etableret i en anden medlemsstat, har[7].

11. I dette direktivs artikel 1, litra b), defineres begrebet »ordregivende myndigheder« således:

Ved »ordregivende myndigheder [forstås] 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 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), som ændret ved Kommissionens direktiv 2001/78/EF af 13.9.2001 (EFT L 285, s. 1, herefter »direktiv 92/50«).

6 — I henhold til dette direktivs artikel 1, litra a), er der tale om »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«. I henhold til dette direktiv indebærer en offentlig tjenesteydelsesaftale vederlag, som den ordregivende myndighed betaler direkte til tjenesteyderen.

7 — Dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 41 og 42 og den deri nævnte retspraksis.

[…]«

12. Begrebet »tjenesteydelseskoncession« defineres dernæst i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18/EF[8], der sammenarbejder alle bestemmelserne om indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter[9].

13. Det fremgår af denne bestemmelse, at en koncessionskontrakt om tjenesteydelser har »samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

14. I dette direktivs artikel 1, stk. 9, findes den samme definition af begrebet »offentligretligt organ«, som findes i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50.

2. Direktiv 89/665/EØF

15. Med direktiv 89/665/EØF[10] indføres en betydelig udvidelse af forpligtelsen til gennemsigtighed og forbuddet mod forskelsbehandling i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter, idet medlemsstaterne forpligtes til at indføre effektive og hurtige klageprocedurer, hvis bestemmelserne i direktiverne om »offentlige aftaler«[11] tilsidesættes. Ifølge dette direktivs artikel 1 er der adgang til disse procedurer efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, 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.

8 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

9 — Henholdsvis hvad angår offentlige tjenesteydelseskontrakter direktiv 92/50, hvad angår offentlige vareindkøbskontrakter Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 (EFT 1977 L 13, s. 1), og hvad angår offentlige bygge- og anlægskontrakter Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 (EFT L 185, s. 5), herefter samlet »direktiverne om offentlige kontrakter«.

10 — Rådets direktiv af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved direktiv 92/50 (herefter »direktiv 89/665«). Dette direktiv er senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 (EUT L 335, s. 31).

11 — Mens artikel 1 i direktiv 89/665 udelukkende omhandlede procedurerne for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, omfatter anvendelsesområdet for direktiv 2007/66 også offentlige tjenesteydelseskontrakter.

16. På grund af de korte procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter skal de pågældende procedurer i medfør af artikel 2 i direktiv 89/665 muliggøre ikke blot en hastebehandling af påståede overtrædelser og vedtagelse af midlertidige foranstaltninger, men ligeledes annullering af ulovlige beslutninger og tilkendelse af skadeserstatning til skadelidte personer. Denne bestemmelse er formuleret således:

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

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

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

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[…]

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret.

[…]«

17. Som anført er direktiv 89/665 blevet ændret ved direktiv 2007/66. Dette sigter mod at styrke de nationale klageprocedurer og præciserer de tilfælde, hvor en kontrakt indgået i strid med procedurereglerne for indgåelse af offentlige kontrakter skal betragtes som værende uden virkning.

3. Direktiv 80/723/EØF

18. I artikel 2 i direktiv 80/723/EØF[12] bestemmes følgende:

»1. I dette direktiv forstås ved:

[…]

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

[…]

12 — Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25.6.1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195, s. 35), som ændret ved Kommissionens direktiv 2000/52/EF af 26.7.2000 (EFT L 193, s. 75, herefter »direktiv 80/723«).

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, eller

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.«

II — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

19. Jeg skal her opsummere de faktiske omstændigheder, der forekommer mig at være relevante for min vurdering.

20. Den kontrakt, der er tale om i denne sag, er en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i henhold til artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18. Kontrakten er indgået mellem Stadt Frankfurt am Main, der i sin egenskab af lokal myndighed betragtes som en »ordregivende myndighed« i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, og virksomheden FES. Kontrakten vedrører drift, vedligeholdelse, service og rengøring af 11 offentlige toiletter på Stadt Frankfurt am Mains område og omfatter opførelse af to offentlige toiletanlæg på banegårdene Rödelheim og Galluswarte, hvilket udgør tjenesteydelser i henhold til direktivets artikel 8 og bilag I A.

21. Den pågældende kontrakt er indgået for en periode på 16 år. FES, der er hovedentreprenøren, modtager ikke betaling fra Stadt Frankfurt am Main, men opkræver et brugergebyr og har eneadgang til at udnytte reklameplads i og på toiletanlæggene. Denne betalingsform indebærer, at FES påtager sig risikoen i forbindelse med driften af de pågældende tjenester.

22. Denne koncession blev tildelt FES på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. De bud, der blev indgivet af virksomhederne, herunder af FES og af sagsøgeren, blev bedømt på grundlag af en række tildelingskriterier opstillet i udbuddet. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, blev hvert af disse kriterier vægtet, og de er opstillet i rækkefølge alt efter, hvor stor betydning Stadt Frankfurt am Main tillagde dem[13].

23. I sit bud præsenterede FES sagsøgeren som sin underleverandør for så vidt angår reklameydelserne og leveringen af de toiletmoduler, der var nødvendige for realiseringen af de koncessionerede tjenesteydelser. Virksomheden påberåbte sig navnlig sagsøgerens verdensomspændende renommé og tekniske ekspertise inden for disse sektorer. Stadt Frankfurt am Main valgte FES' bud.

24. Efter indgåelsen af koncessionskontrakten den 20. og 22. juli 2004 indbød FES sagsøgeren og intervenienten, Deutsche Städte Medien GmbH[14], til senest den 5. januar 2005 at fremsætte bud om levering af

13 — I rækkefølge: begrænsede krav til reklame (30%), relevansen af operatørens projekt (offentlige toiletter) (15%), reklameprojektets rimelighed (10%), projektets relevans med hensyn til sikkerhed (10%), de offentlige toiletters brugervenlighed (10%), de offentlige toiletters nytteværdi (10%), de offentlige toiletters integrering i bymiljøet (5%), de offentlige toiletters æstetik (5%) og de offentlige toiletters indvirkning på miljøet (5%).

14 — Denne virksomhed er ingen anden end Ströer City-Marketing GmbH, der var den vigtigste konkurrent i forbindelse med tildeling af koncessionen (herefter »DSM«).

reklameydelser og den 28. juli 2005 om levering af toiletmodulerne. Sagsøgerens bud blev fravalgt.

25. I henhold til § 30, IV, i koncessionskontrakten bad FES Stadt Frankfurt am Main om at acceptere en udskiftning af underleverandøren. Stadt Frankfurt am Main havde ikke nogen indvendinger imod dette og gav desuden udtryk for, at de standarder, der var beskrevet i udbudsmaterialet, var overholdt til trods for denne ændring.

26. Ved den nationale ret har sagsøgeren kritiseret Stadt Frankfurt am Main for at have tilsidesat gennemsigtighedsforpligtelsen ved at tillade denne ændring og således foretage en væsentlig ændring af den koncessionskontrakt, der blev indgået med FES.

III — Den præjudicielle forelæggelse

27. Landgericht Frankfurt am Main har besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Skal ligebehandlingsprincippet og det fællesskabsretlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der også er stadfæstet i artikel 12 [EF], 43 [EF] og 48 EF, 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 [15]

2) Hvis spørgsmål 1 besvares benægtende, er de 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

15 — Den forelæggende ret henviser til 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.

en planlagt ændring af en kontrakt om tjenesteydelseskoncessioner — herunder udskiftningen af en underentreprenør, der blev fremhævet ved præsentationen af buddet — at forhandlingerne herom på ny åbnes for konkurrence med en passende grad af offentlighed, og efter hvilke kriterier er en sådan åbning i givet fald påkrævet?

4) Skal de i spørgsmål 1 nævnte principper og gennemsigtighedsforpligtelser fortolkes således, at en kontrakt, der er indgået som følge af denne tilsidesættelse, og som har til formål at skabe eller ændre et løbende kontraktforhold i sager med tjenesteydelseskoncessioner, hvor der konstateres en tilsidesættelse af en forpligtelse, skal 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 gennemskuelighedsdirektiv 80/723 […] og artikel 1, stk. 9, i samordningsdirektiv 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?«

28. Parterne i hovedsagen, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, EFTA-Tilsynsmyndigheden samt seks medlemsstater har fremsat skriftlige og mundtlige bemærkninger[16].

IV — Genstanden for de præjudicielle spørgsmål

29. Jeg vil indlede min bedømmelse af denne præjudicielle forelæggelse med at undersøge det tredje og det femte præjudicielle spørgsmål vedrørende gennemskuelighedsforpligtelsens rækkevidde.

30. Med det tredje spørgsmål spørger den forelæggende ret Domstolen, om en sådan forpligtelse indebærer, at den ordregivende myndighed gennemfører en ny udbudsprocedure, når hovedentreprenøren, som har fået tildelt koncessionen, for at kunne gennemføre denne, ønsker at benytte tjenesteydelser fra en anden underleverandør end den, der blev præsenteret i forbindelse med afgivelsen af buddet. Med det femte spørgsmål spørger den forelæggende ret endvidere, om en hovedentreprenør som FES, der har form af et joint venture-selskab, ligeledes kan være kvalificeret som »ordregivende myndighed« i henhold til direktiv 92/50, der som sådan er underlagt overholdelse af gennemskuelighedsforpligtelsen.

31. Efter vurderingen af disse to første spørgsmål vil jeg fortsætte analysen med en bedømmelse af det første, andet og fjerde præjudicielle spørgsmål, som nærmere bestemt vedrører retningslinjerne for domstolskontrol med beslutninger truffet i forbindelse med tjenesteydelseskoncessioner.

32. Disse tre sidstnævnte spørgsmål er kun relevante, for så vidt som den nationale ret finder, at Stadt Frankfurt am Main og/eller FES har tilsidesat procedurens gennemskuelighed ved at foretage en ændring af underleverandøren i løbet af gennemførelsen af den pågældende koncessionskontrakt.

V — Stillingtagen

33. Inden jeg indleder min bedømmelse, forekommer det mig vigtigt at redegøre for retspraksis vedrørende gennemskuelighedsforpligtelsen i store træk. Selv om denne retspraksis til dels vedrører offentlige aftaler, er den baseret på traktatens

16 — Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Republikken Finland og endelig Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland.

principper og forekommer mig at være relevant for anvendelsen af fællesskabsretten på tjenesteydelseskoncessioner.

A — *Retspraksis om gennemskuelighedsforpligtelsen i store træk*

34. Det fremgår af fast retspraksis, at gennemskuelighedsprocessen er et konkret og specifikt udtryk for princippet om ligebehandling.

35. Domstolen har længe betragtet dette princip som et af de grundlæggende fællesskabsretlige principper[17], som medlemsstaterne skal overholde, når de handler inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde. I henhold til dette princip må forhold, der er sammenlignelige, ikke behandles forskelligt, medmindre en sådan forskelsbehandling er objektivt begrundet[18]. Det er en af de grundrettigheder, som Domstolen skal beskytte[19].

36. Da der er tale om et generelt princip i fællesskabsretten, er princippet om ligebehandling bindende for medlemsstaterne, når de gennemfører fællesskabsbestemmelserne. Følgelig påhviler det medlemsstaterne i videst muligt omfang at anvende disse bestemmelser, således at kravene til beskyttelse af grundrettighederne i fællesskabsretten ikke tilsidesættes[20].

37. Domstolen har haft lejlighed til at præcisere rækkevidden af princippet om ligebehandling i forbindelse med offentlige aftaler i dommene i sagerne Kommissionen mod Danmark og Kommissionen mod Belgien[21], og retspraksis heri er efterfølgende blevet overført på tjenesteydelseskoncessioner[22].

38. Princippet om ligebehandling af tilbudsgivere har til formål at fremme udvikling af en sund og effektiv konkurrence mellem de bydende virksomheder. Respekt for dette princip skal sikre en objektiv sammenligning

17 — Dom af 19.10.1977, forenede sager 117/76 og 16/77, Ruckdeschel m.fl., Sml. s. 1753, præmis 7.

18 — Jf. navnlig dom af 25.11.1986, forenede sager 201/85 og 202/85, Klensch m.fl., Sml. s. 3477, præmis 9, og af 12.12.2002, sag C-442/00, Rodríguez Caballero, Sml. I, s. 11915, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

19 — Rodríguez Caballero-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 32.

20 — Ibidem, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis.

21 — Jf. navnlig dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 37-39, og af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 51-56. Jf. desuden dom af 29.4.2004, sag 496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Jf. Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 48.

af buddene og gælder i alle faser af proceduren. Alle tilbudsgiverne skal uanset nationalitet have lige chancer ved formuleringen af deres tilbud[23]. Med andre ord skal alle de potentielle tilbudsgivere være bekendt med spillereglerne, og de skal finde anvendelse på samme måde på alle.

39. Ifølge Fællesskabets retsinstanser indebærer respekten for princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at der ikke forskelsbehandles på grund af nationalitet, og en gennemskuelighedsforpligtelse skal give den offentlige myndighed, som tildeler koncessionen mulighed for at sikre sig, at dette princip overholdes[24].

40. Domstolen har præciseret rækkevidden af gennemskuelighedsforpligtelsen i ovennævnte domme i Telaustria og Telefonadresssagen og i Parking Brixen-sagen. Ifølge Fællesskabets retsinstanser har denne forpligtelse i det væsentlige til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Denne forpligtelse består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske. Den indebærer ligeledes, at alle betingelser og retningslinjer for tildelingsproceduren formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Dette skal gøre det muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige tilbudsgivere at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde. Det skal også give den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de af tilbudsgiverne afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt[25].

41. En undersøgelse af Domstolens retspraksis viser, at der findes en snæver forbindelse mellem gennemskuelighedsforpligtelsen og princippet om ligebehandling. Gennemskuelighedsforpligtelsen har til formål at sikre den effektive virkning af princippet om ligebehandling ved at sikre sunde konkurrencevilkår. Da princippet om ligebehandling som sådan er et generelt fællesskabsprincip, har medlemsstaterne den samme forpligtelse til at overholde gennemskuelighedsforpligtelsen, som er et konkret og specifikt udtryk for dette princip.

23 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 54-56. I denne sag anerkendte Domstolen således, at dette princip er til hinder for, at en ordregiver tager hensyn til en ændring, som en enkelt tilbudsgiver har foretaget i det oprindelige tilbud, da denne tilbudsgiver fik en fordel i forhold til konkurrenterne.

24 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 109 og den deri nævnte retspraksis, samt Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis.

25 — Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 61 og 62, samt Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 111.

B — *Gennemskuelighedsforpligtelsens rækkevidde*

1. Gennemskuelighedsforpligtelsens rækkevidde ratione materiae

42. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om gennemskuelighedsforpligtelsen kræver, at den ordregivende myndighed gennemfører en ny udbudsprocedure, når hovedentreprenøren, som har fået tildelt koncessionen, for at kunne gennemføre denne, ikke længere ønsker at benytte tjenesteydelser fra den underleverandør, der blev præsenteret i forbindelse med afgivelsen af buddet.

43. For at kunne besvare dette spørgsmål forekommer det mig vigtigt at undersøge, hvordan gennemskuelighedsforpligtelsen skal finde anvendelse i lyset af tjenesteydelseskoncessioners særlige karakteristika. Tjenesteydelseskoncessioner er således væsensforskellige fra offentlige tjenesteydelseskontrakter både med hensyn til mål og gennemførelsesform.

44. Uanset hvor kompliceret og avanceret en offentlig tjenesteydelseskontrakt er, handler den generelt om en offentlig persons køb af en tjenesteydelse og vedrører en bestemt ydelse, der leveres af en virksomhed. Tjenesteydelseskoncessionen er derimod en form for uddelegeret administration af en offentlig tjenesteydelse, hvorved en offentlig myndighed pålægger en leverandør uden for administrationen at drive en virksomhed af almen interesse og at bære ansvaret herfor over for brugerne i en længerevarende periode. Den ordregivende myndighed, uanset om der er tale om en offentlig myndighed eller et offentligretligt organ, ophører med at forvalte tjenesteydelsen og overfører sin organisations ansvar til koncessionshaveren[26]. Denne driver tjenesten for egen regning og påtager sig de dermed forbundne driftsrisici, idet indtjeningen sikres gennem opkrævning af et gebyr, som betales af brugerne af tjenesteydelsen.

45. Ved anvendelse af fællesskabsretten på denne form for kontraktmæssig forvaltning af en tjenesteydelse af almen interesse skal der tages hensyn til forskellige krav.

46. Når kontrakten indgås, skal gennemskuelighedsforpligtelsen forenes med den omfattende frihed, som den ordregivende myndighed har i vurderingen af buddene og i beslutningen om, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige. Det økonomisk mest fordelagtige bud er det bud, der medfører den bedste økonomiske opfyldelse i global henseende af de krav, som den offentlige

26 — Dom af 26.4.1994, sag C-272/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1409.

myndighed har stillet, på baggrund af de kriterier, den har opstillet, og vægtningen af disse. Den ordregivende myndighed skal kunne vælge den tjenesteudbyder, der på grundlag af sine referencer, kvaliteten af sit bud, sit kendskab til sektoren og den tillid, denne vækker i myndighedens øjne, ser ud til at give maksimale garantier for en god udførelse af tjenesteydelsen. Tjenesteydelseskoncessionens særlige karakteristika tillader således et valg af tjenesteudbyder på grundlag af et lang række kriterier, idet kriteriet intuitu personae prioriteres. Denne valgfrihed betyder dog ikke, at tildelingen af koncessionen må ske på en vilkårlig og diskriminerende måde. For at forhindre korruption og sikre en bedre gennemskuelighed af den økonomiske aktivitet og de offentlige procedurer har Domstolen fastsat rammer for denne frihed ved at basere sig på de principper, der gælder for procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter. Forhandlings- og beslutningsfriheden består således, men den skal udøves under overholdelse af en forudgående forpligtelse til offentliggørelse og gennemførelse af en udbudsprocedure, der muliggør en gennemskuelig udvælgelse af kandidaten og sikrer ligebehandling af tilbudsgiverne [27].

47. Ved gennemførelsen af kontrakten er det dernæst nødvendigt at forene gennemskuelighedsforpligtelsen med hensynet til den offentlige tjeneste, der under visse omstændigheder kræver, at kontrakten tilpasses og ændres.

48. Som anført ovenfor, overtager koncessionshaveren tilrettelæggelsen af tjenesten og de dermed forbundne driftsrisici. På grund af koncessionstjenesteydelsernes komplekse og langsigtede karakter skal koncessionshaveren råde over en tilstrækkelig manøvremargen til at kunne tilpasse sig vilkårene på markedet og de ændringer, der kan ske på det økonomiske, tekniske eller juridiske område i tilknytning til koncessionen. De uforudsigelige krav og hændelser i forbindelse med gennemførelsen, der er uundgåelige ved langsigtede investeringer, kræver således en særlig fleksibilitet og samarbejdsånd fra parternes side. Der kan således være mange årsager til en genforhandling af kontrakterne. Alligevel kan nogle af dem føre til misbrug, hvis de indebærer en omvæltning af kontraktens struktur, hvorved procedurens gennemsigtighed og det forudgående udbud blandt tilbudsgiverne bliver illusoriske. Det er således nødvendigt at vurdere, om den påtænkte ændring blot er et tillæg til kontrakten begrundet i legitime årsager, eller om den i sidste ende fører til indgåelse af en ny kontrakt, der i henhold til grundprincipperne i fællesskabsretten skal gøres til genstand for en passende offentliggørelse og en ny udbudsprocedure.

27 — Som Europa-Parlamentet har fremført, kan overholdelse af disse regler »være et effektivt instrument til at undgå uhensigtsmæssige konkurrencebegrænsninger, som samtidig giver det offentlige mulighed for selv at definere og kontrollere betingelserne med hensyn til kvalitet, tilgængelighed, sociale standarder og miljømæssige forpligtelser«, Europa-Parlamentets resolution om grønbogen om forsyningspligtydelser (P5_TA(2004)0018, punkt 32).

49. Domstolen fastslog i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig[28], at ændringer af en offentlig kontrakt i kontraktens gyldighedsperiode svarer til indgåelse af en ny kontrakt, når de er »afgørende forskellige fra de allerede førte [forhandlinger], og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer«[29].

50. Domstolen har præciseret rækkevidden af denne begrundelse i Pressetext Nachrichtenagentur-dommen[30] ved at opstille fire tilfælde, hvor denne form for ændringer kan anses for at være væsentlig.

51. Det første tilfælde er, når ændringen indfører betingelser, der, hvis de var fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, 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, som oprindeligt blev antaget.

52. Det andet tilfælde er, når ændringen i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var på tale.

53. Det tredje tilfælde vedrører en situation, hvor ændringen ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

54. Endelig vedrører det fjerde tilfælde en situation, hvor en ny medkontrahent erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten. Denne ændring betragtes ifølge Domstolen som en ændring af et af de grundlæggende elementer i den pågældende offentlige kontrakt, medmindre »der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktbestemmelser, f.eks. som en underentreprise«.

55. Som allerede anført, fremgår det af artikel 30, IV, i den koncessionskontrakt, der er indgået mellem Stadt Frankfurt am Main og FES, at underleverandøren kan udskiftes, såfremt den ordregivende myndighed accepterer dette. Denne procedure er blevet overholdt i dette tilfælde.

56. I den foreliggende sag er spørgsmålet således, om udskiftningen af underleverandør, selv om denne bestemmelse findes, og proceduren i forbindelse hermed er blevet overholdt, i henhold til Fællesskabets

28 — Dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Sml. I, s. 8377.

29 — Præmis 44 og 46.

30 — Dom af 19.6.2008, sag C-454/06, Sml. I, s. 4401, præmis 35-37 og 40.

retsinstansers praksis udgør en ændring af et af de grundlæggende elementer i den pågældende tjenesteydelseskoncession.

57. Denne vurdering er vanskelig, da Stadt Frankfurt am Main selv havde accepteret denne ændring, idet den mente, at standarderne i udbudsbetingelserne var overholdt. I lyset af de særlige omstændigheder, under hvilke denne ændring er sket, mener jeg dog, at den nationale ret skal sikre sig, at den disposition, hvormed myndigheden gav tilladelse til denne ændring, ikke fører til en omgåelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne og den deraf følgende gennemsigtighedsforpligtelse.

58. Med henblik på denne undersøgelse forekommer det mig vigtigt at understrege de vilkår, på hvilke koncessionshaveren kan benytte sig af underleverandører.

59. På grund af koncessionskontrakters kompleksitet og varighed kan koncessionshaveren beslutte at give hele eller en del af gennemførelsen af den kontrakt, der er indgået med bygherren, i underleverance. Det anerkendes, at valget af underleverandør er et valg, der henhører under entreprenørens privilegier. Denne valgfrihed er resultatet af reglen om, at koncessionshaveren har hele ansvaret for gennemførelse af koncessionen, idet underleverandøren i øvrigt kun er bundet til denne via en kontrakt, der, eftersom den er indgået mellem to privatpersoner, henhører under privatretten.

60. Underleverance skal dog for at leve op til reglerne accepteres af den ordregivende myndighed, enten ved kontraktens indgåelse eller i forbindelse med gennemførelsen af denne. Det er ved denne lejlighed, at den ordregivende myndighed kontrollerer underleverandørens tekniske og økonomiske formåen[31].

61. Når underleverandøren præsenteres i forbindelse med afgivelsen af buddet, indebærer tildelingen af koncessionen en accept af underleverandøren. Generelt kan den ordregivende myndighed nægte at godkende en virksomhed som underleverandør, når denne f.eks. befinder sig i en ikke forskriftsmæssig situation i fiskal eller social henseende, eller når den ikke har tilstrækkelig kapacitet til at levere de ydelser, der overdrages den.

31 — Jf. dom af 18.3.2004, sag C-314/04, Siemens og ARGE Telekom, Sml. I, s. 2549, præmis 45 og 46 vedrørende en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt.

62. Underleverancer er ikke begrænset til dem, der er oplyst ved afgivelsen af buddet. I forbindelse med gennemførelse af kontrakten kan hovedentreprenøren benytte sig af andre underleverandører eller udskifte underleverandørerne af legitime årsager i tilknytning til f.eks. den faktiske kvalitet af underleverandørens ydelser eller dennes finansielle situation. Dette gør det muligt for hovedentreprenøren i henhold til bestemmelserne om underleverancer at tilpasse sine ydelser eller frigøre sig fra en virksomhed, der ikke lever op til kravene.

63. Når udskiftningen af en underleverandør har hjemmel i kontraktbestemmelserne, og den ordregivende myndighed selv accepterer denne ændring, er det i princippet vanskeligt at hævde, at udskiftningen i sig selv ændrer et grundlæggende element i koncessionen og kræver en ny udbudsprocedure.

64. Ved at give sin accept fastslår den ordregivende myndighed således, at underleverandørens identitet ikke er vigtig for koncessionens genstand, og at de ydelser, der er overdraget til hovedentreprenøren, gennemføres i overensstemmelse med udbudsbetingelserne uanset denne ændring. En sådan situation kan opstå, når der på det pågældende marked findes mange virksomheder, som tilbyder ydelser af samme art og kvalitet.

65. Når den ordregivende myndighed desuden bestemmer, at nogle af tildelingskriterierne i forbindelse med kontrakten kan tilpasses efter koncessionshaverens valg, og udbudsbetingelserne udtrykkeligt indeholder mulighed for en sådan tilpasning tillige med retningslinjerne for anvendelse heraf, har alle de virksomheder, der var interesserede i at deltage i koncessionen, haft kendskab hertil fra starten og står således på lige fod på tidspunktet for afgivelse af buddene.

66. En sådan ændring af koncessionskontrakten kan dog forekomme kritisabel i en situation som den, der foreligger i hovedsagen.

67. Udskiftningen af underleverandør sker reelt uden nogen legitim begrundelse efter indgåelsen af kontrakten og inden leveringen af de første ydelser, selv om koncessionshaveren påberåbte sig underleverandørens renommé og tekniske ekspertise ved afgivelsen af buddet.

68. Jeg mener, at en sådan praksis, hvis den tillades af den ordregivende myndighed,

tilsidesætter gennemsigtighedsforpligtelsen og princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne. Ved at handle således holder den ordregivende myndighed buddet fra FES, som ændret, uden for en seriøs og gennemskuelig behandling af de forskellige bud, hvilket kan give virksomheden en uberettiget fordel ved tildelingen af kontrakten.

69. For det første er det ikke udelukket, at Stadt Frankfurt am Main havde foretrukket et andet bud end det, FES oprindeligt afgav, hvis virksomheden ikke i forbindelse med udlicitering af reklameydelserne havde påberåbt sig sagsøgerens mange kvaliteter, en »højtydende og erfaren [...] partner«, »en erfaren specialist på reklameområdet med aktiviteter i hele verden«, hvis »produkter [er] moderne og æstetiske« [32].

70. Det fremgår klart af forelæggelseskendelsen, at det er præsentationen af sagsøgeren som underleverandør, der gjorde det muligt for FES at opnå den pågældende koncessionskontrakt. Valget af FES skete på grundlag af virksomhedens ydelser på reklameområdet, da den i forbindelse med dette tildelingskriterium opnåede 27,3 point, mens dens vigtigste konkurrent, der er intervenient i den foreliggende sag, opnåede 20,1. Hvad angår de øvrige kriterier tildelte Stadt Frankfurt am Main intervenienten lige så mange, om ikke flere point. Det fremgår således af de dokumenter, jeg er i besiddelse af, at sagsøgerens deltagelse i det overordnede bud fra FES havde afgørende betydning for tildelingen af koncessionen.

71. For det andet viser den adfærd, som FES lagde for dagen efter tildelingen af koncessionskontrakten, hvor virksomheden fortsatte forhandlingerne om udlicitering af reklameydelserne og levering af toiletmodulerne [33] for i sidste ende at fravælge sagsøgeren uden nogen legitim begrundelse [34], at dens oprindelige bud, som Stadt Frankfurt am Main accepterede, var et bud på skrømt, der ikke havde andre formål end at udkonkurrere seriøse konkurrenter for at opnå koncessionen, men med en vilje, der øjeblikkeligt kom til udtryk, til efterfølgende at gennemføre den på andre økonomiske og tekniske vilkår end dem, der var opstillet i buddet, og som alene var blevet underlagt konkurrence.

72. På grundlag af alle disse elementer, således som de fremgår af forelæggelseskendelsen,

32 — Forelæggelseskendelsen, s. 5 og 6.

33 — Koncessionskontrakten blev indgået med Stadt Frankfurt am Main den 20. og 22.7.2004, men FES opfordrede sagsøgeren og intervenienten til at fremsætte deres bud om reklameydelserne og om levering af toiletmodulerne henholdsvis den 5.1. og den 28.7.2005. Det var på dette tidspunkt, at sagsøgeren blev fravalgt som underleverandør.

34 — I det foreliggende tilfælde ser jeg ikke nogen elementer i sagen, der giver anledning til at mene, at FES kunne påberåbe sig en legitim grund til ikke at benytte sig af tjenesteydelserne fra den underleverandør, den præsenterede i forbindelse med sit tilbud. Som den forelæggende ret har anført, er denne udskiftning uforståelig, da sagsøgeren tilbød FES en langt større årlig godtgørelse end intervenienten gjorde.

mener jeg derfor, at udskiftningen af underleverandør, der indtraf endnu inden udførelsen af de første ydelser, og uden at der var fremført de mindste problemer af teknisk eller finansiel art, obligatorisk skulle have været underlagt en ny udbudsprocedure. Ved at tillade en sådan udskiftning af underleverandør uden at have opfyldt de i fællesskabsretten opstillede krav til offentliggørelse og udsendelse i udbud har Stadt Frankfurt am Main efter min mening tilsidesat gennemskuelighedsforpligtelsen.

75. Derfor foreslår jeg Domstolen, at den svarer den forelæggende ret, at når underleverandørens identitet i forbindelse med en procedure for tildeling af en tjenesteydelseskoncession er et væsentligt element, som den ordregivende myndighed har baseret sig på i forbindelse med tildelingen af koncessionen, kræver gennemskuelighedsforpligtelsen af medlemsstaterne, at de tilrettelægger en ny udbudsprocedure, når koncessionshaveren ønsker at foretage en udskiftning af underleverandøren endnu inden leveringen af de første ydelser, og uden at der er fremsat nogen legitim begrundelse herfor. Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om navnet på den underleverandør, som FES præsenterede ved afgivelsen af sit bud, og dennes renommé og tekniske ekspertise har været et væsentligt element, som Stadt Frankfurt am Main lagde vægt på ved tildelingen af koncessionen til denne virksomhed.

73. Selv om offentlige midler rent faktisk er mindre bundet i forbindelse med koncessioner end i forbindelse med offentlige kontrakter, står det dog fast, at proceduren for tildeling af tjenesteydelseskoncessioner skal sikre de offentlige myndigheder og brugerne den bedste tjenesteydelseskvalitet på grundlag af en seriøs og gennemskuelig vurdering af de forskellige kandidaturer under overholdelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne.

2. Gennemskuelighedsforpligtelsens rækkevidde ratione personae

76. Med sit femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en virksomhed som FES, i lyset af de karakteristika, der er redegjort for i forelæggelseskendelsen, skal betragtes som en »ordregivende myndighed« i betydningen i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 eller som en »offentlig virksomhed« i betydningen i artikel 2 i direktiv 80/723, der som sådan er underlagt kravet om overholdelse af gennemskuelighedsforpligtelsen ved tildelingen af en tjenesteydelseskoncession.

74. Hvis den forelæggende ret på grundlag af alle sagens elementer skulle bekræfte denne analyse af de faktiske omstændigheder, mener jeg, at den bør drage alle konsekvenserne af en sådan overtrædelse.

77. Den forelæggende ret henviser til ovennævnte direktiver, da der ikke i den afledte ret findes nogen præcisering af, hvilke enheder gennemskuelighedsforpligtelsen gælder for i forbindelse med tjenesteydelseskoncessioner.

78. Jeg mener, at fraværet af en sådan lovgivning er uden betydning, da de principper, der er udledt omkring dette spørgsmål i forbindelse med offentlige kontrakter, efter min mening kan finde anvendelse på tjenesteydelseskoncessioner.

79. Jeg mener således, at det er vigtigt at fastsætte en ensartet definition af begrebet ordregivende myndighed, da dette begreb omfatter alle de offentlige enheder, der kan overdrage levering af økonomiske ydelser til tredjeparter, uanset hvilken form for kontrakt der indgås, både på området offentlige kontrakter og på området tjenesteydelseskoncessioner. I denne henseende er det interessant at understrege, at anvendelsesområdet for direktiv 92/50 ikke fastlægges ud fra den pågældende operations karakter, men ud fra den retlige karakter af den, der tilbyder den, da alle de kontrakter, der indgås af en ordregivende myndighed, skal tildeles i overensstemmelse med de principper, der er fastsat i dette direktiv.

80. Derimod forekommer henvisningen til begrebet »offentlig virksomhed« i artikel 2 i direktiv 80/723 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder mig at være langt mindre relevant. På grundlag af de elementer, jeg vil redegøre for i forbindelse med undersøgelsen af begrebet offentligretligt organ, kan den forelæggende ret dog, hvis den finder det nødvendigt, vurdere, om en virksomhed som FES kan betegnes som en »offentlig virksomhed«[35].

a) Begrebet »offentligretligt organ« i betydningen i direktiv 92/50

81. Inden jeg redegør for de forskellige betingelser, der er opstillet i direktiv 92/50 for, at en enhed kan betegnes som en »ordregivende myndighed«, vil det være hensigtsmæssigt indledningsvis at fastslå, at FES er et joint venture-selskab oprettet inden for rammerne af et offentligt-privat partnerskab[36]. Stadt Frankfurt am Main ejer 51% af aktierne i virksomheden.

35 — De betingelser, der er opstillet i artikel 2 i direktiv 80/723, for, at en enhed kan betegnes som en »offentlig virksomhed«, er delvist sammenfaldende med de betingelser, der er opstillet i artikel 1 i direktiv 92/50, for, hvornår en enhed kan betegnes som en »ordregivende myndighed«.

36 — Jf. i denne henseende virksomhedens hjemmeside: www.fes-frankfurt.de/profil (rubrikkerne »profil« et »chronik«).

82. Den foreliggende sag giver således Domstolen mulighed for at præcisere, om en sådan enhed kan udgøre et »offentligretligt organ« i betydningen i direktiv 92/50 og som sådan er underlagt kravet om respekt for de grundlæggende principper i traktaten.

83. Inden jeg går over til at foretage denne vurdering, er det nødvendigt at præcisere, hvad begrebet offentligt-privat partnerskab dækker.

84. Dette partnerskab er en mekanisme, der forener en offentlig kapital, som normalt ejer majoriteten, og en privat kapital, der ejer minoriteten, i en retslig struktur, som i princippet er underlagt de fælles regler i handelsretten. De offentlige og private partnere etablerer således et joint venture, der kan tage form af en halvoffentlig virksomhed, som kan gennemføre offentlige kontrakter eller inden for rammerne af en koncession påtage sig en lokal offentlig tjenesteydelse. Som Kommissionen har fastslået i en nyere meddelelse[37], er dette ofte langvarige samarbejde karakteriseret ved den rolle, der tildeles den private partner, der deltager i det pågældende projekts forskellige faser (udformning, gennemførelse og drift), bærer de risici, der normalt bæres af den offentlige sektor, og ofte bidrager til finansieringen af projektet[38].

85. Det forholder sig dog således, at dette joint venture ikke i henhold til Domstolens retspraksis udgør en »intern« forvaltningsstruktur i den offentlige myndigheds tjenestegrene. Når den ordregivende myndighed tildeler en offentlig kontrakt eller en koncession til denne type enhed, skal den således overholde alle de regler, der finder anvendelse på offentlige kontrakter og koncessioner, uanset om de følger af traktaten eller af den afledte ret[39].

86. Det vil på nuværende tidspunkt være hensigtsmæssigt at undersøge de forskellige betingelser i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 for, at en enhed kan betegnes som et »offentligretligt organ«.

87. I henhold til artikel 1, litra b), første led, i direktiv 92/50 forstås ved et offentligretligt organ et organ, som er en juridisk person, hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, og hvis ledelsesorganer er underlagt statens, de lokale

37 — Kommissionens fortolkningsmeddelelse om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP) af 5.2.2008 (C(2007) 6661).

38 — S. 2.

39 — Siden sin dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, om tildeling af en offentlig tjenesteydelsesaftale til en halvoffentlig virksomhed, har Domstolen fundet, at en privat virksomheds deltagelse, selv om det er en minoritetsdeltagelse, i et selskabs kapital, hvori ligeledes deltager den pågældende ordregivende myndighed, udelukker, at denne ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over denne virksomhed, der svarer til den, den udøver over sine egne tjenester (punkt 49). Jf. ligeledes ANAV-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 30-32 og den deri nævnte retspraksis.

myndigheders eller andre offentligretlige organers tætte kontrol.

88. Ifølge Domstolens faste retspraksis har disse tre betingelser en kumulativ karakter, og er en af betingelserne ikke opfyldt, kan et organ ikke karakteriseres som et »offentligretligt organ« og dermed som »ordregivende myndighed« i betydningen i direktiv 92/50[40].

89. Med hensyn til det mål, som direktiverne om indgåelse af offentlige aftaler forfølger, har Domstolen desuden fastslået, at begrebet offentligretligt organ skal underlægges en funktionel fortolkning[41].

b) Undersøgelse af bestanddelene i et offentligretligt organ.

90. I den foreliggende sag bestrides det ikke, at FES er en juridisk person. Tvivlen vedrører de to øvrige krav i direktiv 92/50.

i) FES' mål om specifikt at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område

91. Det står først og fremmest fast, at FES er blevet oprettet specifikt for at opfylde almenhedens behov[42], da virksomheden siden sin oprettelse har varetaget affaldsforvaltning og -bortskaffelse samt gaderengøring på Stadt Frankfurt am Mains territorium[43]. Disse aktiviteter henhører unægtelig under almenhedens behov. Som Domstolen fastslog i BFI Holding-dommen[44], udgør en del af de behov, der ikke kan opfyldes helt af private virksomheder, da de anses for nødvendige af hensyn til den offentlige sundhed og miljøbeskyttelsen, og staten ønsker derfor at bevare en afgørende indflydelse på dem[45].

92. Det skal nu kontrolleres, om disse former for almenhedens behov ikke henhører under det erhvervs- eller forretningsmæssige

40 — Dom af 11.6.2009, sag C-3005/07, Hans & Christophorus Oymanns, Sml. I, s. 4779, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis.

41 — Dom af 10.4.2008, sag C-393/06, Ing. Aigner, Sml. I, s. 2339, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

42 — Ifølge fast retspraksis skal der være tale om behov, som staten eller en offentlig myndighed af hensyn til den almene interesse generelt vælger selv at opfylde, eller som de ønsker at bevare en afgørende indflydelse på (jf. Ing. Aigner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen har således fastslået, at dette er tilfældet i forbindelse med fremstilling af officielle tryksager som pas, kørekort eller id-kort (dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73), pasning af nationale skove (dom af 17.12.1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 8565), forvaltning af et universitet (dom af 3.10.2000, sag 380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035) eller forvaltning af et offentligt telekommunikationsnet (Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15).

43 — I dom af 12.12.2002, sag 470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, fastslog Domstolen, at organet ikke nødvendigvis skal have haft denne opgave fra starten.

44 — Dom af 10.11.1998, sag C-360/96, Sml. I, s. 6821.

45 — Betragtning 51-53.

område. Dette spørgsmål er til gengæld mere kompliceret.

93. Der findes en rig retspraksis om, hvordan det skal vurderes, om der er tale om sådanne behov[46]. Ifølge Domstolen er det nødvendigt at tage hensyn til en række retlige og faktuelle elementer, der kan vise sig at være relevante, som f.eks. de omstændigheder, der har kunnet ligge til grund for oprettelsen af det pågældende organ, eller de betingelser, hvorunder det udøver sin aktivitet. Domstolen præciserer i denne forbindelse, at det er vigtigt at kontrollere, om dette organ udøver sine aktiviteter på normale markedsvilkår[47]. Med henblik herpå undersøger Domstolen konkurrencesituationen på markedet for de varer og tjenesteydelser, med henblik på hvilke organet er blevet oprettet. Selv om den omstændighed, at der findes en konkurrence, kan være en indikation af, at almenhedens behov har en erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, er denne indikation ikke tilstrækkelig[48]. Det er nødvendigt at undersøge, om organet har til formål at skabe indtjening, om det selv bærer tab i tilknytning til udøvelsen af sin aktivitet, og om det modtager offentlig finansiering til udøvelsen af den pågældende aktivitet[49].

46 — Der er her navnlig tale om dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I. 1931, og af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen m.fl., Sml. I, s. 5321, samt BFI Holding-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 42, samt Ing. Aigner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41.

47 — Jf. Ing. Aigner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 41 og den heri nævnte retspraksis.

48 — I Adolf Truley-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, fandt Domstolen, at det forhold, at der består en udviklet konkurrence, ikke i sig selv gør det muligt at konkludere, at der ikke er tale om et behov hos almenheden, der falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område (præmis 61).

49 — Dommen i sagen Korhonen m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 55-59.

94. Der findes ikke tilstrækkelige elementer i sagsakterne til, at alle disse forhold kan vurderes nærmere. Det tilkommer den forelæggende ret, der er den eneste, der har et tilbundsgående kendskab til sagens akter, at bedømme disse. Jeg kan dog anføre nogle nyttige elementer.

95. Hvad angår de omstændigheder, der var bestemmende for oprettelsen af organet, forekommer det mig vigtigt at tage hensyn til de særlige forhold på markedet for indsamling og behandling af affald, der er en af de aktiviteter, med henblik på hvilke FES blev oprettet.

96. Markedet for indsamling og behandling af affald har oplevet en betydelig stigning, navnlig med stramningen af retsforskrifterne om forvaltning og nyttiggørelse af affald og forhindring af miljøbelastning. Denne stramning har direkte ført til en stigning i omkostningerne til indsamling og behandling af affald, samtidig med at aktiviteten er blevet mere kompleks og teknisk. Stillet over for disse krav har de lokale offentlige myndigheder for størstedelens vedkommende valgt at uddelegere denne aktivitet til specialiserede virksomheder, der fuldt ud har kunnet drage fordel af udviklingen af dette marked.

97. Disse forhold foranlediger mig til at antage, at denne enhed således ikke er blevet oprettet for at opnå et overskud. Selv om den pågældende aktivitet i realiteten medfører store overskud, er det dog ikke søgningen efter dette overskud, der er hovedårsagen til oprettelsen af FES. De nævnte forhold gælder så meget desto mere for gaderengøring, der i modsætning til indsamling og behandling af affald giver anledning til genbrug i mindre omfang.

98. Hvad angår de betingelser, hvorunder FES udøver sin aktivitet, navnlig konkurrencen inden for sektorerne for indsamling og behandling af affald samt gaderengøring, bør den forelæggende ret vurdere, om FES arbejder på et konkurrencepræget marked, hvor der findes egentlige konkurrenter, eller om den derimod befinder sig i en situation med et quasi-monopol, der f.eks. skyldes dens status som »historisk operatør«[50] eller forekomsten af hindringer for indtræden på markedet. Fraværet af en reel konkurrence er ikke en nødvendig betingelse for, at FES kan betegnes som et offentligretligt organ, men det kan være en indikation til støtte for den omstændighed, at FES bidrager til opfyldelsen af almenhedens behov uden for det erhvervs- og forretningsmæssige område.

99. Den omstændighed, at FES ud over sin opgave med opfyldelse af almenhedens behov desuden udfører andre lukrative aktiviteter, er ikke relevant for løsningen af tvisten i hovedsagen. Domstolen har fastslået, at betegnelsen som offentligretligt organ ikke afhænger af det relative omfang af det pågældende organs opfyldelse af almenhedens behov uden for det erhvervs- og forretningsmæssige område. Hvis virksomheden fortsat opfylder disse behov, har Domstolen fastslået, at det er irrelevant, at virksomheden udøver anden overskudsgivende virksomhed, uanset hvor stor en del af virksomhedens samlede omsætning denne udgør[51].

100. Selv om FES på det juridiske plan desuden kun frembyder få forskelle i forhold til et aktieselskab ejet af private erhvervsdrivende, idet det selv bærer de økonomiske risici, der er forbundet med dets virksomhed, og ligeledes kan erklæres konkurs, fremgår det af forelæggelseskendelsen, at Stadt Frankfurt am Main ikke ville tillade, at en sådan situation opstår. Jeg kan desuden nævne, at denne myndighed af sine borgere opkræver en kommunal skat til finansiering af betalingerne til FES for fjernelse af affald og gaderengøring.

50 — Jeg skal præcisere, at FES ifølge virksomhedens hjemmeside har sin oprindelse i det kommunale kontor for affaldsforvaltning og gaderengøring.

51 — Dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 25, 26 og 31, BFI Holding-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 55 og 56, samt Ing. Aigner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis.

101. I lyset af disse elementer vil jeg således være tilbøjelig til at mene, at FES er blevet oprettet specifikt med det formål at opfylde almenhedens behov uden for det erhvervs- og forretningsmæssige område.

102. For at afgrænse den nøjagtige karakter af de behov, som denne virksomhed opfylder, tilkommer det imidlertid den forelæggende ret, som er den eneste, der er i besiddelse af de relevante elementer, at vurdere de betingelser, hvorunder FES udøver sin virksomhed, og navnlig konkurrencesituationen inden for de sektorer, med henblik på hvilke denne virksomhed er blevet oprettet.

ii) Betingelsen om, at organet skal være underlagt statens, de lokale myndigheders eller andre offentligretlige organers tætte kontrol

103. Jeg skal understrege, at denne betingelse i henhold til artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, i direktiv 92/50 vedrører følgende tre alternative kriterier:

— Driften finansieres for mere end halvdelens vedkommende af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer.

— Driften er underlagt disses kontrol.

— Staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

104. Det er ubestridt, at Stadt Frankfurt am Main ejer 51% af kapitalen i FES, dvs. majoriteten. Selv om dette ejerskab rent faktisk kan lade formode, at den offentlige myndighed har en dominerende indflydelse på virksomheden, er det ikke sikkert, at denne indflydelse kommer til udtryk i drifts- og forvaltningsmetoderne for denne.

105. Jeg vil først og fremmest vurdere denne virksomheds forvaltningsmetoder, for så vidt som Stadt Frankfurt am Main har en vetoret på generalforsamlingen, der, afhængigt af, hvordan den udøves, kan give den offentlige myndighed en reel kontrol med forvaltningen af virksomheden.

— Kriteriet om kontrol med forvaltningen af det pågældende organ

106. Ifølge fast retspraksis vedrører dette kriterium tilfælde, hvor et organ befinder sig i et afhængighedsforhold i forhold til de offentlige myndigheder svarende til det, der findes, når et af de to øvrige alternative kriterier er opfyldt. Dette afhængighedsforhold skal give de offentlige myndigheder mulighed for at påvirke beslutningerne i dette organ med hensyn til offentlige aftaler[52] eller analogt hermed med hensyn til koncessioner.

107. Adolf Truley-dommen illustrerer de tilfælde, hvor Domstolen skønner, at dette kriterium er opfyldt. I denne sag havde den offentlige myndigheds kontor for kontrol kompetence til at kontrollere ikke blot det pågældende organs årlige status, men også den løbende forvaltning med hensyn til talmæssig rigtighed, forskriftsmæssighed, sparsommelighed, rentabilitet og formålstjenlighed. Dette kontor havde desuden kompetence til at aflægge besøg i selskabets driftslokaler og anlæg samt til at videregive resultaterne af disse kontrolbesøg til de kompetente organer samt til selskabets aktionærer og til myndigheden. Ifølge Domstolen giver sådanne beføjelser mulighed for at føre en aktiv kontrol med det nævnte organs forvaltning.

52 — Jf. Adolf Truley-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis.

108. I den foreliggende sag skal den forelæggende ret tage hensyn til alle de faktiske og retlige forhold, der kunne give Stadt Frankfurt am Main mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse på FES' virksomhed. I dette tilfælde mener jeg, at den bør interessere sig for, hvordan denne myndighed på virksomhedens generalforsamling udøver den vetoret, der er forbundet med at være flertalsaktionær. Den forelæggende ret skal i denne forbindelse vurdere betydningen af denne ret under hensyntagen til de beslutninger, på hvilke den kan anvendes, og ved at analysere de eventuelle restriktive betingelser for dens anvendelse.

109. Selv om den offentlige myndighed således ikke kan gennemtvinge beslutninger[53], kan den dog udøve en enekontrol med FES, hvis den kan modsætte sig virksomhedens strategiske beslutninger vedrørende dennes handelspolitik, udpegning af bestyrelsesmedlemmer, budgettet eller virksomhedsplanen. Hvis den forelæggende ret påviser, at Stadt Frankfurt am Main ved at benytte sig af sin vetoret kan modsætte sig beslutninger, der er vigtige for FES' handelsstrategi, og blokere virksomhedens beslutningsproces, har Stadt Frankfurt am Main en afgørende indflydelse på driften af FES og dermed en reel kontrol.

53 — Det bemærkes, at FES' generalforsamling kun kan træffe beslutning med tre fjerdedeles flertal. Hvis Stadt Frankfurt am Main ejer 51% af kapitalen i denne virksomhed, er denne deltagelse således ikke tilstrækkelig til, at den alene kan træffe beslutninger på denne generalforsamling.

110. Under disse omstændigheder tilkommer det for at klarlægge nøjagtigt, i hvilket omfang driften af FES kontrolleres af Stadt Frankfurt am Main, den forelæggende ret at vurdere, om den offentlige myndighed kan udøve en bestemmende indflydelse på driften af virksomheden via den vetoret, den har i sin egenskab af flertalsaktionær.

111. Hvis den forelæggende ret skønner, at vetoretten ikke giver Stadt Frankfurt am Main mulighed for at kontrollere denne virksomheds drift, skal den vurdere de to øvrige kriterier.

— Kriteriet om finansiering for mere end halvdelens vedkommende af den offentlige myndighed

112. Domstolen har præciseret rækkevidden af denne betingelse i University of Cambridge-dommen. Ifølge Domstolen er det kun ydelser, der finansierer eller støtter den berørte virksomheds aktiviteter ved et økonomisk bidrag uden særlig modydelse, der kan kvalificeres som »offentlig finansiering«. Beløb, der udbetales som modydelse for den ordregivende myndigheds kontraktbestemte ydelser, henhører til gengæld ikke under denne kategori[54].

113. Domstolen har ligeledes fastslået, at udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende« betyder »mere end halvdelen«, og at beregningen af denne procentdel af den offentlige finansiering skal omfatte alle det pågældende organs indtægter, herunder dem, der følger af en aktivitet af kommerciel karakter, og at beregningen skal foretages på årsbasis.

114. I den foreliggende sag fremgår det af forelæggelseskendelsen, at over halvdelen af FES' årsomsætning stammer fra gensidigt bebyrdende aftaler indgået med Stadt Frankfurt am Main om indsamling og behandling af affald samt gaderengøring. De beløb, som denne myndighed betaler, er således modydelser for kontraktmæssige tjenesteydelser, som FES leverer, og den pågældende myndighed har naturligvis en økonomisk interesse i, at disse tjenesteydelser leveres. Selv om et sådant aftaleforhold også kan føre til, at FES bliver afhængigt af den ordregivende myndighed, har denne afhængighed ifølge Domstolen en anden karakter end den, der følger af en almindelig

54 — Præmis 21 og 24. I denne sag udgjorde den offentlige finansiering stipendier til studerende og tilskud med det formål at støtte universitetets forskningsarbejde og ikke betalinger foretaget af staten som modydelse for universitetets levering af tjenesteydelser.

støtteforanstaltning, og skal snarere sammenlignes med den, der består i de almindelige forretningsmæssige relationer[55].

115. I lyset af disse elementer forekommer det mig, at Stadt Frankfurt am Mains betalinger til FES således ikke udgør en offentlig finansiering i henhold til ovennævnte retspraksis.

— Kriteriet om administrations-, ledelses- eller tilsynsorganets sammensætning

116. Det præciseres ikke i forelæggelseskendelsen, hvordan bestyrelsen er sammensat, og hvordan medlemmerne af bestyrelsen og af ledelsen af FES udpeges. Den forelæggende ret oplyser blot, at Stadt Frankfurt am Main udpeger en fjerdedel af medlemmerne af tilsynsrådet samt formanden for dette, der i tilfælde af stemmelighed har den afgørende stemme[56]. Dette er således ikke tilstrækkeligt til, at dette kriterium er opfyldt.

117. I lyset af alle disse elementer mener jeg, at et joint-venture foretagende som FES oprettet inden for rammerne af et partnerskab med Stadt Frankfurt am Main udgør et »offentligretligt organ« i betydningen i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50, når det kan påvises, at denne enhed opfylder almenhedens behov uden for det erhvervs- og forretningsmæssige område, og når dets forvaltning og ledelse er underlagt den offentlige myndigheds tætte kontrol.

118. Den pågældende enhed opfylder behov af almen interesse i henhold til artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 92/50, når den påtager sig indsamling og behandling af affald samt gaderengøring på den offentlige

55 — University of Cambridge-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 25.

56 — Dette råd har, som navnet angiver, til opgave at kontrollere og overvåge selskabets drift. Meget ofte kan tilsynsrådet udøve såvel en kontrol med dispositionernes hensigtsmæssighed som med deres lovlighed ved navnlig at foretage de undersøgelser, det finder hensigtsmæssige, eller ved for generalforsamlingen at fremlægge sine bemærkninger om selskabets årsregnskaber. Det kan ligeledes have særlige beføjelser, der f.eks. giver det mulighed for at udpege medlemmer af direktionen eller dennes formand, eller ved at give tilladelse til afståelse af kapitalandele. Formanden for tilsynsrådet påtager sig normalt to typer funktioner, der generelt vedrører indkaldelse af rådet og ledelsen af dets møder. Tilsynsrådets rolle og funktioner er præciseret i lovgivningen og stadfæstet i selskabets vedtægter, som jeg ikke er i besiddelse af (jf. M. Cozian, A. Viandier, og F. Deboissy, *Droit des sociétés,* 17. udg., Litec, Paris, 2004, s. 286 og 287).

myndigheds område. For at vurdere, om disse behov ligger uden for det erhvervs- og forretningsmæssige område, skal den kompetente nationale ret vurdere de vilkår, på hvilke FES udøver sin virksomhed, navnlig konkurrencesituationen inden for disse sektorer.

119. En sådan enhed er underlagt den offentlige myndigheds tætte kontrol i henhold til artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, i direktiv 92/50, når dens drift og dens ledelses-, administrations- og tilsynsorganer er underlagt dennes kontrol. For at fastslå helt nøjagtigt, i hvilken udstrækning forvaltningen af FES kontrolleres af Stadt Frankfurt am Main, tilkommer det den kompetente nationale ret at vurdere, om den offentlige myndighed via sin vetoret på generelforsamlingen eller via sammensætningen af ovennævnte virksomhedsorganer kan sikre en aktiv kontrol med forvaltningen af denne enhed og på samme måde påvirke dens beslutninger om indgåelse af tjenesteydelseskoncessioner.

C — *Den nationale rets beføjelse til at udstede påbud i tilfælde af tilsidesættelse af gennemskuelighedsforpligtelsen*

120. Med sit første og fjerde spørgsmål beder Landgericht Frankfurt am Main Domstolen om at præcisere retningslinjerne for den judicielle kontrol med beslutninger truffet inden for rammerne af tjenesteydelseskoncessioner. Den forelæggende ret ønsker navnlig oplyst, om fællesskabsretten under de omstændigheder, der gør sig gældende i hovedsagen, kræver, at medlemsstaterne indrømmer deres nationale domstole en beføjelse til at udstede påbud over for parter, der har indgået en koncessionskontrakt i strid med gennemskuelighedsforpligtelsen.

121. I den foreliggende sag bestrider sagsøgeren ikke Stadt Frankfurt am Mains beslutning om tildeling af tjenesteydelseskoncessionen til FES. Til gengæld bestrider sagsøgeren den beslutning, hvormed administrationen på grundlag af § 30, IV, i koncessionskontrakten gav tilladelse til en udskiftning af underleverandøren i løbet af denne kontrakts gennemførelsesperiode. Ifølge sagsøgeren har Stadt Frankfurt am Main ved at handle således tilsidesat gennemskuelighedsforpligtelsen ved at foretage en væsentlig ændring af kontrakten uden at have opfyldt kravene om offentliggørelse og udbud i fællesskabsretten.

122. Denne tvist vedrører således ikke indgåelsen af koncessionskontrakten, men gennemførelsen af den. Med sit søgsmål anmoder sagsøgeren den nationale ret om at forhindre en ny tilsidesættelse af gennemskuelighedsforpligtelsen ved at pålægge administrationen ikke at tillade en udskiftning af

underleverandøren hvad angår levering og vedligeholdelse af de offentlige toiletter, der skal installeres på banegårdene Kornmarkt, Galluswarte og Rödelheim. Sagsøgeren anmoder ligeledes den nationale ret om at pålægge FES ikke at indgå en ny underleverandøraftale om ovennævnte ydelser. For at bringe gennemførelsesbestemmelserne for tjenesteydelseskoncessionen i overensstemmelse med lovgivningen anmoder sagsøgeren ligeledes den nationale ret om at pålægge administrationen og eventuelt FES at ophæve de kontrakter, der er indgået i strid med gennemskuelighedsforpligtelsen.

123. For at besvare den forelæggende rets spørgsmål er det nødvendigt at redegøre for, hvordan den nationale ret er forpligtet til at beskytte de rettigheder, som borgerne har i henhold til fællesskabslovgivningen.

1. Indledende bemærkninger

124. Fællesskabsretten indeholder ikke på sit nuværende udvikingstrin nogen regler for, hvordan medlemsstaterne skal sikre fuldbyrdelsen af retsafgørelser og sanktionere tilsidesættelser af gennemskuelighedsforpligtelsen, der er sket i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelsesaftaler. For at vurdere, hvorvidt medlemsstaterne er forpligtet til at indrømme deres nationale retter en beføjelse til at udstede påbud, er det nødvendigt at henvise til principperne for Fællesskabets retsorden, særlig princippet om fællesskabsrettens forrang og princippet om medlemsstaternes procesautonomi.

125. Princippet om fællesskabsrettens forrang kræver, at medlemsstaterne effektivt sanktionerer manglende overholdelse af gennemskuelighedsforpligtelsen i forbindelse med en procedure for indgåelse af en tjenesteydelseskoncession.

126. Jeg skal således understrege, at gennemskuelighedsforpligtelsen er et konkret og specifikt udtryk for et generelt retsprincip, som medlemsstaterne er forpligtet til at overholde, når de handler inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde. En sådan forpligtelse skaber rettigheder for borgerne, som skal være omfattet af en effektiv retsbeskyttelse ved de nationale domstole. De nationale domstole skal således kunne sikre en fuldstændig fuldbyrdelse af deres retsafgørelser og vedtage effektive sanktioner, der er proportionale og afskrækkende, for at sikre sig fællesskabsrettens fulde virkning.

127. Det er min udgangspåstand.

128. Til gengæld mener jeg, at det, når der ikke findes nogen fællesskabslovgivning, er i overensstemmelse med medlemsstaternes procesautonomi at overlade det til dem at fastlægge de beføjelser, som den nationale ret skal have for at sikre fuldbyrdelsen af dens retsafgørelser og sanktionere tilsidesættelser af gennemskuelighedsforpligtelsen ved indgåelsen af en koncessionskontrakt. En sådan henvisning til medlemsstaternes nationale procedurebestemmelser, der naturligvis skal respektere ækvivalens- og effektivitetsprincipperne, forekommer mig at være mest overensstemmende med Domstolens faste retspraksis, der respekterer medlemsstaternes procesautonomi.

129. Det følger af denne retspraksis, at det, når der ikke findes nogen fællesskabslovgivning, tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastlægge kompetencen og procesreglerne for søgsmål, der skal sikre beskyttelse af de rettigheder, borgerne har i henhold til fællesskabsretten, idet disse regler naturligvis ikke må være mindre gunstige end dem, der vedrører tilsvarende søgsmål af intern karakter (ækvivalensprincippet), eller gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt i praksis at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til fællesskabsretten (effektivitetsprincippet)[57].

57 — Dom af 15.4.2008, sag C-268/06, Impact, Sml. I, s. 2483, præmis 44 og 46-48 og den deri nævnte retspraksis.

130. Den forelæggende rets spørgsmål skal besvares i lyset af disse betragtninger.

2. Bedømmelse

131. Med det første, andet og fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om gennemskuelighedsforpligtelsen skal fortolkes således, at medlemsstaterne er forpligtet til at indrømme den nationale ret en beføjelse til at udstede påbud over for parterne i en tvist for at sikre overholdelse af denne forpligtelse. Den forelæggende ret spørger ligeledes Domstolen, om den nationale ret er forpligtet til at pålægge parterne at ophæve en kontrakt, der er indgået i strid med den pågældende forpligtelse[58].

58 — Dette fjerde præjudicielle spørgsmål er formuleret på en sådan måde, at det ikke fremgår, om den kontrakt, som den forelæggende ret henviser til, er kontrakten om tjenesteydelseskoncessionen indgået mellem Stadt Frankfurt am Main og FES eller underleverandørkontrakten indgået efterfølgende med DSM. Det fremgår således af forelæggelseskendelsen, at sagsøgeren ikke bestrider Stadt Frankfurt am Mains beslutning om at tildele tjenesteydelseskoncessionen til FES. Sagsøgeren kræver således ikke en ophævelse af koncessionskontrakten indgået med FES. Derimod bestrider sagsøgeren Stadt Frankfurt am Mains beslutning, hvormed den på grundlag af § 30, IV, i koncessionskontrakten gav tilladelse til en udskiftning af underleverandøren. Med sit søgsmål indbragt for den nationale ret søger sagsøgeren i hovedsagen at fratage underleverandørkontrakten mellem FES og DSM dens virkning. Den forelæggende ret gør i sin kendelse gældende, at Stadt Frankfurt am Main var forpligtet til at ophæve kontrakten om tjenesteydelseskoncessionen, hvis ændring den havde godkendt. I tvivlstilfælde mener jeg, at dette spørgsmål vedrører begge hypoteser.

132. Beføjelsen til at udstede påbud er den mulighed, der indrømmes retten til at pålægge en part at gøre eller ikke gøre en bestemt ting, eventuelt ved at pålægge den en tvangsbøde. Den ret, for hvilken tvisten er indbragt, kan således pålægge en person eller administrationen at træffe en foranstaltning med et bestemt indhold, når dommen nødvendigvis indebærer, at en af parterne i tvisten træffer denne foranstaltning. Denne beføjelse er et nyttigt instrument til at sikre fuldbyrdelse af retsafgørelser og til at imødegå vanskeligheder med og afvisning af at fuldbyrde en retskraftig afgørelse.

133. Princippet om, at den nationale ret kan udstede et påbud, er ikke i øjeblikket omfattet af nogen fællesskabsbestemmelser. Dette princip anvendes desuden ikke på en ensartet måde i medlemsstaterne, navnlig når påbuddet udstedes til administrationen.

134. I Tyskland som i Det Forenede Kongerige står det fast, at domstolene har denne beføjelse til at udstede påbud over for administrationen. De tyske retter har en generel beføjelse til at udstede påbud over for administrationen. En ret i Det Forenede Kongerige kan ligeledes udstede påbud om at gøre noget eller ikke gøre noget over for alle administrationer med udtagelse af regeringen og dens nærmeste medarbejdere. Spørgsmålet har længe været omtvistet ved de franske forvaltningsdomstole på grund af en traditionel opfattelse af magtfordelingen. Der findes i dag talrige undtagelser til denne opfattelse siden vedtagelsen af lov af 8. februar 1995[59].

135. Som anført skal medlemsstaterne på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin i deres interne retsorden og i overensstemmelse med effektivitets- og ækvivalensprincipperne fastlægge behovet og eventuelt betingelserne for indrømmelse af denne beføjelse til at udstede påbud. I denne henseende skal medlemsstaterne basere sig på de principper, der ligger til grund for deres nationale domstolssystem. De skal undersøge den foranstaltning, som denne beføjelse til at udstede påbud indgår i, i relation til alle eksisterende retsmidler og tage hensyn til de beføjelser, som den nationale ret allerede har. I forbindelse med denne vurdering skal medlemsstaterne være opmærksomme på at sikre en fuldstændig fuldbyrdelse af retsafgørelser truffet om rettigheder, der gøres gældende på grundlag af fællesskabsretten. Når de forfølger dette mål, skal medlemsstaterne tilstræbe at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og en beskyttelse af de rettigheder, den giver borgerne.

59 — Lov nr. 95-125 om domstolenes organisation og den civile, strafferetlige og administrative retspleje (JORF af 9.2.1995). Jf. § L-911-1 til L-911-3 i den administrative retsplejelov.

136. I denne henseende kan et påbud om ophævelse af kontrakten, selv om det ikke kræves i henhold til fællesskabsretten, se ud til at være den sanktion, der er bedst egnet til at sikre fællesskabsrettens effektivitet og beskyttelsen af borgernes rettigheder. Det kan navnlig være tilfældet, når der er tale om en særlig alvorlig tilsidesættelse af bestemmelserne i fællesskabsretten, som f.eks. de bestemmelser, der kræver en tilstrækkelig offentliggørelse eller en forudgående udbudsprocedure. I denne forbindelse lader jeg mig inspirere af de bestemmelser, som fællesskabslovgiver i så henseende har vedtaget i artikel 2d, der blev indført med direktiv 2007/66[60].

137. I forelæggelseskendelsen hævder Landgericht Frankfurt am Main, at Stadt Frankfurt am Main var forpligtet til at ophæve den koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som den havde accepteret blev ændret.

138. Til støtte for sit synspunkt har den forelæggende ret gjort gældende, at de principper, som fællesskabslovgiver har opstillet i artikel 2 i direktiv 89/665, og som bekræftes i Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Tyskland[61], finder anvendelse analogt på procedurer for indgåelse af tjenesteydelseskoncessioner.

139. I denne dom dømte Domstolen i en sag baseret på artikel 228 EF Forbundsrepublikken Tyskland for ikke at have ophævet en kontrakt om fjernelse af affald i byen Braunschweig (Tyskland), der var indgået i strid med direktiv 92/50. Forbundsrepublikken Tyskland gjorde bestemmelserne i artikel 2, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 89/665 gældende til støtte for den holdning, at den erstatning, som de skadelidte virksomheder havde krav på, var en tilstrækkelig sanktion af den ordregivende myndigheds tilsidesættelse. Domstolen var ikke enig i denne argumentation. Ifølge Domstolen finder denne bestemmelse anvendelse på forholdet mellem en medlemsstat og dens borgere, men ikke på forholdet mellem en medlemsstat og Fællesskabet, og den gør det ikke muligt for en medlemsstat at unddrage sig sit eget ansvar i henhold til fællesskabsretten. Ved at opretholde virkningerne af den pågældende kontrakt fortsatte Forbundsrepublikken Tysklands tilsidesættelse, og krænkelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser risikerede at vare ved under hele gennemførelsen af denne. Ifølge Domstolen var en ophævelse af kontrakten

60 — I henhold til denne bestemmelse betragtes en kontrakt som værende helt eller delvist uden virkning, hvis den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, hvis den uretmæssigt tilsidesatte tilbudsgiver er frataget muligheden for at iværksætte retslige skridt forud for indgåelsen af kontrakten, eller i det meget særlige tilfælde, hvor kontrakterne er baseret på en rammeaftale og et dynamisk indkøbssystem i henhold til direktiv 2004/18. Artikel 2e, der indsættes med direktiv 2007/66, giver dog medlemsstaterne mulighed for at fastsætte alternative sanktioner afhængigt af, hvor alvorlig overtrædelsen er, de ordregivende myndigheders adfærd og eventuelt rækkevidden af annulleringen af de kontraktlige forpligtelser. Der kan være tale om bøder eller om en afkortelse af kontraktens løbetid.

61 — Dom af 18.7.2007, sag C-503/04, Sml. I, s. 6153, præmis 29-36.

påkrævet ikke blot for at sikre en fuldstændig fuldbyrdelse af en dom, der fastslog, at der var sket en tilsidesættelse, men også for at sikre overholdelsen af fællesskabsretten.

140. I modsætning til den forelæggende ret mener jeg ikke, at de principper, der er fastslået inden for rammerne af tvister om offentlige kontrakter, blot og bart kan overføres på tvister om tjenesteydelseskoncessioner, og det er der to årsager til.

141. For det første skal jeg understrege, at medlemsstaterne ikke har ønsket at lovgive om proceduren for indgåelse af tjenesteydelseskoncessioner i modsætning til de mange tekster, der er vedtaget om indgåelse af offentlige aftaler. Jeg kan således ikke se bort fra, at der ikke findes nogen fællesskabslovgivning på området, og analogt anvende de præcise og bindende regler, der er opstillet i direktiv 89/665.

142. For det andet forekommer det mig vanskeligt at vurdere de følger, der skal drages af en tilsidesættelse af gennemskuelighedsforpligtelsen, på samme måde, uanset om der er tale om en offentlig aftale eller en offentlig tjenesteydelseskoncession. I forbindelse med en tjenesteydelseskoncession bør sanktionerne ikke blot have til formål at sikre overholdelse af lovligheden eller at sanktionere en fejlagtig adfærd fra den ordregivende myndigheds side. De har også og måske især til formål at sikre, at de offentlige tjenesteydelser fungerer ordentligt, og at beskytte almenhedens behov, hvis opfyldelse kontrakten bidrager til.

143. Den nationale ret skal således fra sag til sag kunne vurdere påbuddet, selv om det navnlig skal sikre fællesskabsrettens fulde effektivitet. Målet med påbuddet skal vurderes på baggrund af alle relevante aspekter i en sag, som f.eks. den ordregivende myndigheds adfærd, den begåede ulovligheds karakter og alle de interesser, der kan være skadet, særligt den almene interesse.

144. I den foreliggende sag er princippet om, at den nationale ret kan udstede et påbud, gældende ret i Tyskland. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret kan udøve denne beføjelse i medfør af § 1004, stk. 1, i den tyske civile lovbog

(Bürgerliches Gesetzbuch, herefter »BGB«)[62] i to situationer:

— når en person påføres en skade som følge af et indgreb mod dennes lovbeskyttede interesser, som f.eks. dennes liv, legemlige integritet og personlighed, sundhed, frihed og ejendom, eller

— når en person påføres en skade som følge af en tilsidesættelse af en »retsbeskyttet interesse« i henhold til § 823, stk. 2, i BGB.

145. I den foreliggende tvist tilkommer det den forelæggende ret at kontrollere, om den nationale procesret og i dette tilfælde § 823, stk. 2, i BGB giver den kompetente ret mulighed for at udstede et påbud over for administrationen, når denne har tilsidesat gennemsigtighedsforpligtelsen, og pålægge den at ophæve kontrakten indgået med FES og ikke længere acceptere en udskiftning af underleverandøren[63].

146. Med henblik herpå tilkommer det den for det første at vurdere, om denne forpligtelse i henhold til nævnte bestemmelse modsvarer en »retsbeskyttet interesse«. Som den forelæggende ret har forklaret i begrundelsen for det andet præjudicielle spørgsmål, er dette tilfældet, hvis forpligtelsen udgør et princip i sædvaneretten.

147. Jeg skal over for den forelæggende ret understrege, at gennemskuelighedsforpligtelsen er et udtryk for det generelle princip om ligebehandling. Dette princip indgår i de grundlæggende principper i fællesskabsretten og tager direkte udspring i traktatens bestemmelser[64]. Det skaber rettigheder for private og gælder for alle myndigheder i medlemsstaterne, når de gennemfører fællesskabsretten. Følgelig påhviler det medlemsstaterne i videst muligt omfang at anvende denne ret, således at kravene til beskyttelse af grundrettighederne i fællesskabsretten ikke tilsidesættes. I den foreliggende sag er den nationale ret

62 — Denne bestemmelse er formuleret således:
»Hvis der sker indgreb i ejendomsretten, bortset fra berøvelse eller tilbageholdelse af ejendele, kan ejeren kræve, at den, som forårsager indgrebet, fjerner dette indgreb. Hvis der frygtes yderligere indgreb, kan ejeren indlede et negatorisk søgsmål.«
Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at denne bestemmelse har fundet anvendelse analogt på andre indgreb (navnlig indgreb mod en persons liv, legemlige integritet, personlighed, sundhed og frihed) og visse ulovlige handlinger.

63 — Jf. navnlig Rodríguez Caballero-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis, samt dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 62 og 63, og af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 44.

64 — Jf. Parking Brixen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 48 og 49.

således forpligtet til så vidt muligt at fortolke de nationale bestemmelser, hvormed retten indrømmes en beføjelse til at udstede påbud, således at fællesskabsrettens fulde virkning sikres, og sagsøgeren sikres den beskyttelse af sine rettigheder, som han har i henhold til denne.

148. Hvis den forelæggende ret mener, at gennemskuelighedsforpligtelsen i henhold til § 823, stk. 2, i BGB udgør en »retsbeskyttet interesse«, skal den sikre, at betingelserne for den nationale rets udstedelse af et påbud i tilfælde af tilsidesættelse af gennemskuelighedsforpligtelsen svarer til dem, der gælder i forbindelse med en tvist baseret på en tilsidesættelse af national ret. Det tilkommer den ligeledes at sikre sig, at disse bestemmelser ikke i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at udøve de rettigheder, som Fællesskabets retsorden medfører.

149. I forbindelse med den foreliggende tvist er målet at sikre fællesskabsrettens fulde effektivitet ved effektivt at sanktionere tilsidesættelser af gennemskuelighedsprincippet og ved at forhindre en trussel om tilsidesættelse af denne gennem et nyt misbrug af bestemmelsen om underleverance i § 30, IV, i koncessionskontrakten.

150. Det er på baggrund af denne målsætning, at den forelæggende ret skal vurdere, om der er grund til at pålægge Stadt Frankfurt am Main og eventuelt FES at ophæve de kontrakter, der er indgået i strid med fællesskabsretten. I denne forbindelse, og som det fremgår af forelæggelseskendelsen, gør Landgericht Frankfurt am Main gældende, at tilsidesættelsen af gennemskuelighedsforpligtelsen kan udgøre en væsentlig begrundelse for at ophæve koncessionskontrakten i henhold til § 314 i BGB[65].

151. Den forelæggende ret skal ligeledes i lyset af dette mål vurdere, om der under de omstændigheder, der gør sig gældende i tvisten i hovedsagen, ikke er grund til at pålægge administrationen og FES ikke at foretage en udskiftning af underleverandør i forbindelse med levering og vedligeholdelse af de offentlige toiletter, der skal installeres på banegårdene Kornmarkt, Galluswarte og Rödelheim.

152. Derfor foreslår jeg Domstolen, at den svarer den forelæggende ret således, at fællesskabsretten ikke, når den kompetente nationale ret i forbindelse med en procedure

65 — Det fremgår af denne bestemmelse, at »[d]e enkelte parter kan af tungtvejende grunde ophæve en løbende kontrakt uden at skulle overholde opsigelsesfristen. Der er tale om en tungtvejende grund, når det ikke i lyset af sagens faktiske omstændigheder og efter at have afvejet de to parters interesser mod hinanden med rimelighed kan forventes af den part, der ophæver aftalen, at denne opretholder kontraktforholdet indtil udløbet af den aftalte frist eller indtil opsigelsesfristens udløb«.

for tildeling af en tjenesteydelseskoncession konstaterer en tilsidesættelse af gennemskuelighedsforpligtelsen, kræver, at medlemsstaterne indrømmer denne ret en beføjelse til at udstede påbud over for parterne i tvisten. Det tilkommer de enkelte medlemsstater i overensstemmelse med fællesskabsprincipperne om ækvivalens og effektivitet i deres interne retsorden at fastsætte de proceduremæssige retningslinjer, der gør det muligt for den kompetente nationale ret at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og en fuldstændig fuldbyrdelse af den retsafgørelse, der er truffet om anerkendelse af rettigheder, der gøres gældende på grundlag af denne.

VI — Forslag til afgørelse

153. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Landgericht Frankfurt am Main således:

»1) Når underleverandørens identitet i forbindelse med en procedure for tildeling af en tjenesteydelseskoncession er et vigtigt element, som den ordregivende myndighed har baseret sig på i forbindelse med tildelingen af koncessionen, kræver gennemskuelighedsforpligtelsen af medlemsstaterne, at de tilrettelægger en ny udbudsprocedure, når koncessionshaveren ønsker at foretage en udskiftning af underleverandøren endnu inden leveringen af de første ydelser, uden at der er fremsat nogen legitim begrundelse herfor. Det tilkommer den kompetente nationale ret at vurdere, om navnet på den underleverandør, som Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH præsenterede ved afgivelsen af sit bud, og dennes renommé og tekniske ekspertise har været et væsentligt element, som Stadt Frankfurt am Main lagde vægt på ved tildelingen af koncessionen til denne virksomhed.

2) En joint venture-virksomhed som Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, der er oprettet inden for rammerne af et partnerskab med Stadt Frankfurt am Main, udgør et »offentligretligt organ« i henhold til artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved Kommissionens direktiv 2001/78/EØF af 13. september 2001, når det dels kan påvises, at denne enhed opfylder almenhedens behov uden for det erhvervs- og forretningsmæssige område, dels at dens forvaltning og ledelse er underlagt den offentlige myndigheds tætte kontrol.

Den pågældende virksomhed opfylder behov af almen interesse i henhold til artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 92/50, som ændret, når den påtager sig indsamling og behandling af affald samt gaderengøring på den offentlige myndigheds område. For at vurdere, om disse behov ligger uden for det erhvervs- og forretningsmæssige område, skal den kompetente nationale ret vurdere de vilkår, på hvilke Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH udøver sin virksomhed, og navnlig konkurrencesituationen inden for disse sektorer.

En sådan virksomhed er underlagt den offentlige myndigheds tætte kontrol i henhold til artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, i direktiv 92/50, som ændret, når dens drift og dens ledelses-, administrations- og tilsynsorganer er underlagt dennes kontrol. For nærmere at fastslå, i hvilken udstrækning forvaltningen af Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH kontrolleres af Stadt Frankfurt am Main, tilkommer det den kompetente nationale ret at vurdere, om den offentlige myndighed via sin vetoret på generalforsamlingen eller via sammensætningen af virksomhedens ovennævnte organer kan sikre en aktiv kontrol med forvaltningen af denne virksomhed og på samme måde påvirke dens beslutninger om indgåelse af tjenesteydelseskoncessioner.

3) Når den kompetente nationale ret i forbindelse med en procedure for tildeling af en tjenesteydelseskoncession konstaterer en tilsidesættelse af gennemskuelighedsforpligtelsen, kræver fællesskabsretten ikke på sit nuværende udviklingstrin, at medlemsstaterne indrømmer denne ret en beføjelse til at udstede påbud over for parterne i tvisten. Det tilkommer de enkelte medlemsstater i overensstemmelse med fællesskabsprincipperne om ækvivalens og effektivitet i deres interne retsorden at fastsætte de proceduremæssige retningslinjer, der gør det muligt for den kompetente nationale ret at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og en fuldstændig fuldbyrdelse af den retsafgørelse, der er truffet om anerkendelse af rettigheder, der gøres gældende på grundlag af denne.«