CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
Y. BOT
van 27 oktober 2009[1]

1. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing wenst het Landgericht Frankfurt am Main (Duitsland) in wezen te vernemen hoe ver de transparantieverplichting reikt en welke gevolgen dienen te worden verbonden aan de niet-nakoming van deze verplichting in het kader van een procedure voor de gunning van een concessie voor diensten.

2. Dit verzoek is ingediend in een geding tussen Wall AG[2], enerzijds, en de stad Frankfurt am Main en Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], anderzijds, betreffende de uitvoering van een concessie voor de exploitatie, de instandhouding en het onderhoud van openbare toiletten op het grondgebied van deze stad.

3. Deze zaak verleent het Hof de gelegenheid, nader te bepalen onder welke voorwaarden de aanbestedende dienst tijdens de uitvoering van de concessieovereenkomst met een wijziging ervan kan instemmen, zonder tekort te schieten in zijn transparantieverplichting.

4. Zij biedt het Hof tevens de kans om de voorwaarden te bepalen waaronder een entiteit met gemengd kapitaal die in het kader van een publiek-private samenwerking is opgericht, deze verplichting dient na te komen.

5. Ten slotte stellen de vragen van het Landgericht Frankfurt am Main het Hof in de gelegenheid te preciseren volgens welke regels de rechterlijke toetsing van beslissingen die in het kader van een concessie van diensten zijn genomen, dient te verlopen. Het Hof dient met name te onderzoeken of het gemeenschapsrecht vereist dat de lidstaten de nationale rechters de bevoegdheid verlenen om bevelen op te leggen aan de contractpartijen, wanneer de bevoegde nationale rechter vaststelt dat de transparantieverplichting niet is nagekomen in het kader van een procedure voor de gunning van een concessie voor diensten.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — Hierna: „verzoekster".
3 — Hierna: „FES".

I — Toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht

A — *Primair recht*

6. Het EG-Verdrag stelt geen beperkingen aan de vrijheid van de lidstaten om concessieovereenkomsten voor diensten te sluiten, voor zover de wijze waarop deze overeenkomsten worden gegund, verenigbaar is met de bepalingen waarbij de interne markt is opgericht en de goede werking ervan wordt verzekerd.

7. Zo dient de verlening van een concessie zoals iedere overheidshandeling waarbij voorwaarden voor een economische prestatie worden vastgelegd, te voldoen aan de beginselen van het Verdrag met betrekking tot het recht van vestiging (artikel 43 EG) en het vrij verrichten van diensten (artikel 49 EG) en dient hierbij het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht te worden genomen (artikel 12, eerste alinea, EG).

8. De verlening van een concessie dient bovendien te voldoen aan de beginselen die het Hof op basis van deze bepalingen heeft ontwikkeld en met name aan de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, waarvan ik hieronder de draagwijdte zal uiteenzetten. Hoewel deze rechtspraak met name betrekking heeft op overeenkomsten die in het kader van een openbare aanbesteding zijn gesloten, hebben de hierin ontwikkelde beginselen een ruimere draagwijdte en gelden zij niet enkel voor deze overeenkomsten. Ik ga ervan uit dat deze beginselen ook van toepassing zijn op andere situaties, met name op concessies.

B — *Afgeleid recht*

9. In de huidige stand van het gemeenschapsrecht bestaat er geen afgeleid recht met betrekking tot concessieovereenkomsten.[4] Niettemin kunnen aan de hand van de bepalingen van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten bepaalde regels inzake de gunning van dit soort overeenkomsten worden vastgesteld.

1. Regeling inzake de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening

10. Om te beginnen is het begrip „aanbestedende diensten” gedefinieerd in artikel 1,

4 — Op dit ogenblik bevat het afgeleide gemeenschapsrecht slechts regels voor concessies van werken in de traditionele sectoren.

sub b, van richtlijn 92/50/EEG.[5] Volgens de achtste overweging van de considerans van deze richtlijn is deze van toepassing op „overheidsopdrachten voor dienstverlening"[6] en zijn concessies voor diensten dus van de werkingssfeer ervan uitgesloten. Richtlijn 92/50 strekt ertoe belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden.[7]

11. Artikel 1, sub b, van de richtlijn omschrijft het begrip „aanbestedende diensten" als volgt:

„[W]orden als *‚aanbestedende diensten*' beschouwd: de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, iedere instelling die:

— is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

en

— rechtspersoonlijkheid heeft

en

— waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

5 — Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 (PB L 285, blz. 1; hierna: „richtlijn 92/50").

6 — Volgens artikel 1, sub a, van deze richtlijn gaat het om „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds". Een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50 behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverlener wordt betaald.

7 — Arrest van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk (C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[…]”

12. Vervolgens is het begrip „concessieovereenkomst voor diensten” gedefinieerd in artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG [8], waarbij alle bepalingen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten, leveringen en werken zijn omgewerkt. [9]

13. Volgens deze bepaling is een concessieovereenkomst voor diensten een „overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs”.

14. Bovendien neemt deze richtlijn in artikel 1, lid 9, de definitie van het begrip „publiekrechtelijke instelling” van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 letterlijk over.

2. Richtlijn 89/665/EEG

15. Richtlijn 89/665/EEG [10] biedt de mogelijkheid om de garanties inzake transparantie en non-discriminatie in het kader van de openstelling van openbare aanbestedingen voor mededinging aanzienlijk uit te breiden, door de lidstaten te verplichten doeltreffende en snelle beroepsprocedures in te voeren voor het geval dat de bepalingen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten worden geschonden. [11] Volgens artikel 1 van deze richtlijn moeten deze procedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd.

8 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

9 — Respectievelijk, met betrekking tot overheidsopdrachten voor diensten, richtlijn 92/50; met betrekking tot overheidsopdrachten voor leveringen, richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 (PB 1977, L 13, blz. 1), en, met betrekking tot overheidsopdrachten voor werken, richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 (PB L 185, blz. 5); hierna samen: „richtlijnen inzake overheidsopdrachten”.

10 — Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50 (hierna: „richtlijn 89/665”). Deze richtlijn is laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB L 335, blz. 31).

11 — Artikel 1 van richtlijn 89/665 had enkel betrekking op procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken en leveringen. Richtlijn 2007/66 breidt de werkingssfeer ervan uit tot overheidsopdrachten voor diensten.

16. Gelet op de korte duur van openbareaanbestedingsprocedures, moeten deze procedures volgens artikel 2 van richtlijn 89/665 niet alleen de mogelijkheid bieden, de gestelde inbreuken met spoed te behandelen en voorlopige maatregelen te nemen, maar ook om onwettige besluiten nietig te verklaren en gelaedeerden schadeloos te stellen. Deze bepaling luidt als volgt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren […];

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

[…]

6. De gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 bedoelde bevoegdheden voor een overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, worden door het nationale recht bepaald.

[…]”

17. Zoals reeds gezegd, is richtlijn 89/665 gewijzigd bij richtlijn 2007/66, die ertoe strekt de doeltreffendheid van de nationale beroepsprocedures te verhogen en vaststelt in welke gevallen een overeenkomst die niet overeenkomstig de procedureregels voor het plaatsen van overheidsopdrachten is gesloten, onverbindend moet worden geacht.

3. Richtlijn 80/723/EEG

18. Artikel 2 van richtlijn 80/723/EEG [12] luidt als volgt:

„1. In deze [richtlijn] wordt verstaan onder:

[…]

b) ‚openbare bedrijven': elk bedrijf waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels;

[…]

2. Dominerende invloed wordt vermoed te kunnen worden uitgeoefend, wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van het bedrijf:

a) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten,

b) over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikken of

c) meer dan de helft der leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van genoemd bedrijf kunnen benoemen."

II — Feiten en hoofdgeding

19. De feiten die relevant zijn voor mijn redenering, kunnen worden samengevat als volgt.

12 — Richtlijn van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 195, blz. 35), zoals gewijzigd bij richtlijn 2000/52/EG van de Commissie van 26 juli 2000 (PB L 193, blz. 75; hierna: „richtlijn 80/723").

20. De overeenkomst waar het in de onderhavige zaak om gaat, is een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18. Deze overeenkomst is gesloten tussen de stad Frankfurt am Main, die als territoriaal lichaam een „aanbestedende dienst" is in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, en FES. De overeenkomst heeft betrekking op de exploitatie, de instandhouding en het onderhoud van elf openbare toiletten in de stad Frankfurt am Main, alsook op de heropbouw van twee openbare toiletten in de stations Rödelheim en Galluswarte. Het gaat hierbij om diensten in de zin van artikel 8 van de richtlijn en bijlage I A bij deze richtlijn.

21. De betrokken overeenkomst is gesloten voor een duur van zestien jaar. FES, de hoofdaannemer, wordt niet vergoed door de stad Frankfurt am Main, maar vraagt een vergoeding van de gebruikers en heeft het exclusieve recht om de toiletinstallaties voor reclamedoeleinden te gebruiken. Deze vergoedingswijze impliceert dat FES het exploitatierisico voor de betrokken diensten draagt.

22. Deze concessie is aan FES verleend omdat haar offerte economisch het voordeligst was. De offertes van de ondernemingen, waaronder FES en verzoekster, zijn beoordeeld aan de hand van verschillende in de aanbesteding genoemde gunningscriteria. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, werd aan elk van deze criteria een bepaald gewicht toegekend en werden zij opgesomd in afnemende orde van belang, zoals bepaald door de stad Frankfurt am Main. [13]

23. In haar offerte heeft FES verzoekster voorgesteld als haar onderaannemer voor de reclamediensten en de levering van de toiletinstallaties die nodig waren ter uitvoering van de gegunde diensten. Zij beriep zich met name op de wereldfaam en de technische expertise van verzoekster in deze sectoren. De stad Frankfurt am Main heeft gekozen voor de offerte van FES.

24. Na de sluiting van de concessieovereenkomst op 20 en 22 juli 2004 heeft FES verzoekster en interveniënte, Deutsche Städte Medien GmbH [14], verzocht om tegen 5 januari 2005 een offerte voor het verlenen van reclamediensten en tegen 28 juli 2005 een

13 — De rangorde is als volgt: geringe reclamebehoeften (30%), relevantie van het ondernemingsproject (openbare toiletten) (15%), geloofwaardigheid van het reclameproject (10%), relevantie van het veiligheidsproject (10%), gebruiksgemak van de openbare toiletten (10%), nut van de openbare toiletten (10%), integratie van de openbare toiletten in de stad (5%), esthetiek van de openbare toiletten (5%) en milieuvriendelijkheid van de openbare toiletten (5%).

14 — Deze onderneming is Ströer City-Marketing GmbH, de voornaamste concurrente van verzoekster voor het verkrijgen van de concessie (hierna: „DSM").

offerte voor de levering van toiletinstallaties in te dienen. De offertes van verzoekster zijn afgewezen.

25. Krachtens artikel 30, IV, van de concessieovereenkomst heeft FES de stad Frankfurt am Main verzocht in te stemmen met de vervanging van de onderaannemer. De stad heeft geen bezwaren geopperd en heeft voorts gepreciseerd dat de in het bestek beschreven normen ondanks deze vervanging in acht zouden worden genomen.

26. Voor de nationale rechter verwijt verzoekster de stad Frankfurt am Main dat zij bij de goedkeuring van deze vervanging, waarmee een essentiële wijziging werd aangebracht aan de met FES gesloten concessieovereenkomst, haar verplichting tot transparantie niet is nagekomen.

III — Prejudiciële verwijzing

27. Het Landgericht Frankfurt am Main heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Dienen het beginsel van gelijke behandeling, dat ook in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG tot uitdrukking komt, en het gemeenschapsrechtelijke verbod van discriminatie op grond van nationaliteit aldus te worden uitgelegd dat de daaruit voor overheidsinstanties afgeleide transparantieverplichtingen, die erin bestaan dat het plaatsen van dienstenconcessies met een passende mate van openbaarheid voor mededinging moet worden opengesteld en dat de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid moet kunnen worden getoetst[15], meebrengen dat in het nationale recht aan de niet-gekozen concurrent een vordering tot verbod van een nakende niet-nakoming van deze verplichtingen en/of tot verbod van voortzetting van een dergelijke niet-nakoming van verplichtingen moet worden toegekend?

2) Zo neen: behoren deze transparantieverplichtingen tot het gewoonterecht van de Europese Gemeenschappen in die zin dat zij reeds permanent en voortdurend, gelijkmatig en algemeen worden toegepast en door de betrokken justitiabelen als bindende norm worden erkend?

3) Gebieden de sub 1 genoemde transparantieverplichtingen ook in geval van

15 — De verwijzende rechter verwijst naar de arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 60-62); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 17-22); 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punten 46-50); 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 21), en 13 september 2007, Commissie/Italië (C-260/04, Jurispr. blz. I-7083, punt 24).

een beoogde wijziging van een concessieovereenkomst voor diensten — daaronder begrepen het geval dat de in de aanbestedingsprocedure aangeprezen onderaannemer wordt vervangen — dat de onderhandelingen hierover opnieuw met een passende mate van openbaarheid voor mededinging worden opengesteld en, zo ja, aan de hand van welke criteria zou dit moeten gebeuren?

4) Moeten de in de eerste vraag genoemde beginselen en transparantieverplichtingen aldus worden uitgelegd dat bij concessies voor diensten in geval van niet-nakoming van verplichtingen de als gevolg van de niet-nakoming gesloten overeenkomst tot vestiging of wijziging van voortdurende verbintenissen moet worden opgezegd?

5) Moeten de in de eerste vraag genoemde beginselen en transparantieverplichtingen alsook artikel 86, lid 1, EG, eventueel juncto artikel 2, lid 1, sub b, en lid 2, van richtlijn 80/723 […] en artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 […] aldus worden uitgelegd dat een onderneming als openbaar bedrijf of aanbestedende dienst aan deze transparantieverplichtingen onderworpen is, wanneer:

— zij door een territoriaal lichaam is opgericht met het oog op het verwijderen van huisvuil en het reinigen van de straten, maar ook werkzaam is op de vrije markt;

— zij voor 51 % in handen is van dit lichaam, maar besluiten van de algemene vergadering slechts met een drievierde meerderheid kunnen worden genomen;

— dit lichaam slechts een vierde van de leden van de raad van commissarissen van de onderneming benoemt, met inbegrip van de voorzitter van de raad van commissarissen, en

— zij meer dan de helft van haar omzet haalt uit wederkerige overeenkomsten inzake huisvuilverwijdering en staatreiniging op het territorium van dit lichaam en dit lichaam zich hiertoe herfinanciert via door zijn burgers betaalde gemeentebelastingen?”

28. Er zijn schriftelijke en mondelinge opmerkingen ingediend door de partijen in het hoofdgeding, maar ook door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, de Toezichthoudende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) en zes lidstaten [16].

IV — Voorwerp van de prejudiciële vragen

29. Ik zal bij het onderzoek van het prejudiciële verzoek eerst de derde en de vijfde vraag behandelen, die betrekking hebben op de omvang van de transparantieverplichting.

30. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of deze verplichting de aanbestedende dienst gebiedt een nieuwe aanbestedingsprocedure te openen wanneer de hoofdaannemer waaraan de concessie is verleend, ter uitvoering hiervan gebruik wenst te maken van de diensten van een andere onderaannemer dan die welke hij bij de indiening van zijn offerte naar voren heeft geschoven. Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter bovendien te vernemen of een hoofdaannemer zoals FES, die is opgericht in de vorm van een gemengde kapitaalvennootschap, ook kan worden aangemerkt als een „aanbestedende dienst" in de zin van richtlijn 92/50, die als zodanig aan een transparantieverplichting is gebonden.

31. Na het onderzoek van deze eerste twee vragen zal ik mijn analyse vervolgen met het onderzoek van de eerste, de tweede en de vierde prejudiciële vraag, die in wezen betrekking hebben op de wijze waarop beslissingen die in het kader van een concessie van diensten zijn genomen, door de rechter kunnen worden getoetst.

32. Deze laatste drie vragen zijn enkel relevant voor zover de nationale rechter van oordeel zou zijn dat de stad Frankfurt am Main en/of FES afbreuk hebben gedaan aan de transparantie van de procedure door de onderaannemer tijdens de uitvoering van de betrokken concessieovereenkomst te vervangen.

V — Analyse

33. Alvorens mijn onderzoek aan te vangen, wil ik een schets geven van de rechtspraak over de transparantieverplichting. Hoewel deze rechtspraak gedeeltelijk betrekking heeft op overheidsopdrachten, is zij ontwikkeld op

16 — Het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en ten slotte het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland.

basis van de beginselen van het Verdrag en lijkt zij mij dus relevant voor de toepassing van het gemeenschapsrecht op concessieovereenkomsten voor diensten.

A — *Korte uiteenzetting van de rechtspraak over de transparantieverplichting*

34. Volgens vaste rechtspraak is de transparantieverplichting een concrete en bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling.

35. Het is tevens vaste rechtspraak van het Hof dat dit beginsel behoort tot de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht [17] die de lidstaten in acht moeten nemen wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht. Dit beginsel vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is. [18] Het behoort tot de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. [19]

36. Als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht bindt het beginsel van gelijke behandeling de lidstaten ook bij de uitvoering van gemeenschapsregelingen. Zij zijn bijgevolg gehouden, deze regelingen zo veel mogelijk aldus toe te passen dat geen afbreuk wordt gedaan aan de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde. [20]

37. Het Hof heeft in de arresten Commissie/Denemarken en Commissie/België [21] de gelegenheid gehad om de draagwijdte van het beginsel van gelijke behandeling in het kader van overheidsopdrachten te preciseren. Deze rechtspraak is vervolgens ook toegepast op concessieovereenkomsten voor diensten. [22]

38. Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die zich kandidaat stellen, te bevorderen. De eerbiediging van

17 — Arrest van 19 oktober 1977, Ruckdeschel e.a. (117/76 en 16/77, Jurispr. blz. 1753, punt 7).

18 — Zie met name arresten van 25 november 1986, Klensch e.a. (201/85 en 202/85, Jurispr. blz. 3477, punt 9), en 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Jurispr. blz. I-11915, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 — Arrest Rodríguez Caballero, reeds aangehaald (punt 32).

20 — Ibidem (punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — Zie respectievelijk arresten van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punten 37-39), en 25 april 1996, Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, met name punten 51-56). Zie eveneens arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 — Zie arrest Parking Brixen, reeds aangehaald (punt 48).

dit beginsel moet een objectieve vergelijking van de offertes garanderen. Dit beginsel moet in alle fasen van de procedure in acht worden genomen. Alle inschrijvers moeten bij het formuleren van hun offerte dezelfde kansen krijgen, ongeacht hun nationaliteit. [23] Met andere woorden, alle potentiële inschrijvers moeten de regels van het spel kennen en deze regels moeten gelijkelijk gelden voor elk van hen.

39. Volgens de gemeenschapsrechter houdt het beginsel van gelijke behandeling een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en een transparantieverplichting in, zodat de concessieverlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat dit beginsel in acht wordt genomen. [24]

40. Het Hof heeft in bovengenoemde arresten Telaustria en Telefonadress en Parking Brixen de omvang van de transparantieverplichting toegelicht. Volgens de gemeenschapsrechter heeft deze verplichting voornamelijk tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur van de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Deze verplichting houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid van de aanbestedingsprocedure wordt gewaarborgd waardoor deze voor mededinging kan worden opengesteld en de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. Zij impliceert eveneens dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure duidelijk, precies en ondubbelzinnig in de aankondiging van opdracht of in het bestek worden geformuleerd. Dit moet alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de mogelijkheid bieden, de juiste draagwijdte van deze voorwaarden en modaliteiten te begrijpen en deze op dezelfde manier te interpreteren. Het moet tevens de aanbestedende dienst in staat stellen om na te gaan of de offertes van de inschrijvers daadwerkelijk beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. [25]

41. Uit het onderzoek van de rechtspraak van het Hof blijkt dat er een nauw verband bestaat tussen de transparantieverplichting en het beginsel ven gelijke behandeling. Eerstgenoemde verplichting beoogt de nuttige werking van laatstgenoemd beginsel te verzekeren, door ervoor te zorgen dat de voorwaarden voor een gezonde mededinging aanwezig zijn. Aangezien het beginsel van gelijke behandeling als zodanig een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt, dienen de lidstaten in dezelfde mate de transparantieverplichting na te komen die hier de concrete en bijzondere uitdrukking van vormt.

23 — Zie arrest Commissie/België, reeds aangehaald (punten 54-56). In die zaak heeft het Hof aldus erkend dat dit beginsel zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke offerte van één enkele inschrijver, aangezien deze laatste dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.

24 — Zie reeds aangehaalde arresten Commissie/CAS Succhi di Frutta (punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en Parking Brixen (punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 — Reeds aangehaalde arresten Telaustria en Telefonadress (punten 61 en 62) en Parking Brixen (punt 111).

B — *Omvang van de transparantieverplichting*

1. Draagwijdte ratione materiæ van de transparantieverplichting

42. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of de transparantieverplichting de aanbestedende dienst gebiedt een nieuwe aanbestedingsprocedure te openen wanneer de hoofdaannemer waaraan de concessie is verleend, ter uitvoering hiervan niet langer gebruik wenst te maken van de diensten van de onderaannemer die hij bij de indiening van zijn offerte naar voren heeft geschoven.

43. Ter beantwoording van deze vraag dient te worden onderzocht hoe het transparantiegebod dient te worden toegepast, rekening houdend met de eigen kenmerken van de concessie voor diensten. Deze laatste heeft namelijk een heel ander doel dan overheidsopdrachten voor diensten en wordt ook op een geheel andere manier uitgevoerd.

44. Een openbare aanbesteding wordt, ongeacht de complexiteit en de uitwerking ervan, over het algemeen beschouwd als de aankoop van een dienst door een overheidsinstantie en heeft betrekking op een specifieke prestatie van een onderneming. Een concessie voor diensten daarentegen is een manier om het beheer van een openbare dienst te delegeren, waarbij de overheidsinstantie het beheer van een activiteit van algemeen belang en de verantwoordelijkheid hiervoor ten opzichte van de gebruikers voor een aanzienlijke periode toevertrouwt aan een dienstverlener die geen deel uitmaakt van de administratie. De aanbestedende dienst — of het nu gaat om een openbaar lichaam of om een publiekrechtelijke instelling — stopt met het beheer van de dienst en draagt de verantwoordelijkheid voor de organisatie ervan over aan de concessiehouder. [26] Deze exploiteert de dienst op eigen kosten en draagt de hiermee verbonden exploitatierisico's, en haalt zijn vergoeding uit de bijdrage die de gebruikers van de dienst moeten betalen.

45. Bij de toepassing van het gemeenschapsrecht op dit contractueel overeengekomen beheer van een dienst van algemeen belang dient rekening te worden gehouden met verschillende dwingende vereisten.

46. Op het ogenblik van de sluiting van de overeenkomst dient de transparantieverplichting te worden verzoend met de aanzienlijke vrijheid waarover de aanbestedende dienst beschikt wanneer hij de offertes beoordeelt en bepaalt welke economisch het voordeligst is. De economisch voordeligste offerte is die welke algemeen beschouwd economisch gezien het beste beantwoordt aan de

26 — Arrest van 26 april 1994, Commissie/Italië (C-272/91, Jurispr. blz. I-1409).

behoeften die het openbare lichaam kenbaar heeft gemaakt, rekening houdend met de vastgestelde criteria en het gewicht dat aan elk daarvan is toegekend. De aanbestedende dienst moet die dienstverlener kunnen kiezen die hem op grond van de referenties waarover hij beschikt, de kwaliteit van zijn offerte, zijn kennis van de sector en het vertrouwen dat hij inboezemt, de meeste garanties lijkt te bieden dat de dienst goed zal worden uitgevoerd. Gelet op het bijzondere karakter van de concessie voor diensten kan de dienstverlener dus worden gekozen op basis van een reeks ruime criteria, waarbij een bevoorrechte rol is weggelegd voor het intuitu personæ-criterium. Deze keuzevrijheid betekent evenwel niet dat de concessie op willekeurige en discriminerende wijze dient te worden verleend. Om corruptie te voorkomen en een grotere transparantie van het economische leven en de openbare procedures te verzekeren, heeft de rechter grenzen gesteld aan deze vrijheid op basis van de beginselen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. De onderhandelings- en beslissingsvrijheid blijft aldus bestaan, maar in het kader van de uitoefening hiervan dient te worden voldaan aan een voorafgaande verplichting tot openbaarmaking en tot oproep tot mededinging zodat de selectie van de kandidaat transparant kan verlopen en de gelijke behandeling van de inschrijvers verzekerd is. [27]

47. Vervolgens dient bij de uitvoering van de overeenkomst de transparantieverplichting te worden verzoend met het belang van de openbare dienst, dat in bepaalde omstandigheden een aanpassing en een wijziging van de overeenkomst vereist.

48. Zoals gezegd, neemt de concessiehouder de organisatie van de dienst op zich en draagt hij de daarmee verbonden exploitatierisico's. Gelet op de complexiteit en de langlopende duur van de dienstenconcessie, moet de concessiehouder over voldoende bewegingsruimte beschikken om zich aan te passen aan de omstandigheden van de markt en aan de mogelijke wijzigingen in de economische, technische of juridische context waarin de concessie is verleend. De onvoorzienbare knelpunten en de problemen die bij de uitvoering kunnen rijzen, die onvermijdelijk zijn bij investeringen van lange duur, vereisen dus dat de partijen een bijzondere flexibiliteit aan de dag leggen en bereid zijn om samen te werken. Er zijn dus tal van redenen denkbaar waarom opnieuw over de overeenkomsten zou moeten worden onderhandeld. Sommige hiervan kunnen evenwel een bron van misbruik zijn indien zij ertoe leiden dat de opzet van de overeenkomst volkomen wordt gewijzigd en de transparantie van de procedure en de voorafgaande oproep tot mededinging aan de inschrijvers illusoir worden. Bijgevolg moet worden beoordeeld of de beoogde wijziging een loutere aanvulling bij de overeenkomst vormt die door wettige redenen wordt gerechtvaardigd, dan wel of zij uiteindelijk leidt tot de sluiting van een nieuwe overeenkomst waarvoor overeenkomstig de algemene beginselen van gemeenschapsrecht een passende mate van openbaarheid in acht dient te worden genomen en een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te worden geopend.

27 — Zoals het Europees Parlement heeft opgemerkt, kan de naleving van deze regels „een doeltreffend middel zijn ter voorkoming van ongelegen belemmeringen van de mededinging en tegelijkertijd de openbare autoriteiten de mogelijkheid bieden, zelf de voorwaarden op het gebied van kwaliteit, beschikbaarheid, sociale normen en bescherming van het milieu vast te stellen en te controleren" (resolutie van het Europees Parlement over het Groenboek over diensten van algemeen belang [P5_TA (2004)0018, punt 32]).

49. In het arrest Commissie/Frankrijk [28] heeft het Hof geoordeeld dat wijzigingen van de bepalingen van een door een overheid gegunde overeenkomst tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe gunning in de zin van richtlijn 92/50 vormen, wanneer zij „kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de reeds gevoerde onderhandelingen, en […] bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst". [29]

50. In het arrest pressetext Nachrichtenagentur [30] is het Hof hier dieper op ingegaan en heeft het een onderscheid gemaakt tussen vier gevallen waarin dit soort wijzigingen wezenlijk kan worden geacht.

51. Het eerste geval is dat waarbij met de wijziging voorwaarden worden ingevoerd die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, hadden kunnen leiden tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.

52. Het tweede geval is dat waarbij de wijziging de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten waarin oorspronkelijk niet was voorzien.

53. In het derde geval verandert de wijziging het economische evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

54. In het vierde geval wordt de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, vervangen door een nieuwe. Deze aanpassing vormt een wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht, tenzij „deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming".

55. Zoals reeds gezegd, voorziet de tussen Frankfurt am Main en FES gesloten concessieovereenkomst voor diensten in artikel 30, IV, in de mogelijkheid de onderaannemer te vervangen, op voorwaarde dat de aanbestedende dienst haar toestemming verleent. Deze procedure is in de onderhavige zaak in acht genomen.

56. In casu rijst dus de vraag of de vervanging van de onderaannemer ondanks het bestaan van dit beding en de inachtneming van de betrokken procedure een wijziging van een van

28 — Arrest van 5 oktober 2000 (C-337/98, Jurispr. blz. I-8377).

29 — Punten 44 en 46.

30 — Arrest van 19 juni 2008 (C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punten 35-37 en 40).

de wezenlijke voorwaarden van de betrokken dienstenconcessie vormt in de zin van de communautaire rechtspraak.

57. Deze beoordeling is moeilijk, aangezien de stad Frankfurt am Main zelf heeft ingestemd met deze wijziging en heeft geoordeeld dat de in het bestek beschreven normen in acht zouden worden genomen. Gelet op de bijzondere omstandigheden waarin deze wijziging is doorgevoerd, dient de nationale rechter zich evenwel ervan te vergewissen of de goedkeuring van deze wijziging door deze stad er niet op neerkomt dat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting worden omzeild.

58. Met het oog op dit onderzoek wil ik herinneren aan de voorwaarden waaronder de concessiehouder een beroep kan doen op onderaannemers.

59. Gelet op de complexiteit en de duur van concessieovereenkomsten kan de concessiehouder beslissen de uitvoering van de overeenkomst met de opdrachtgever geheel of gedeeltelijk aan een onderaannemer uit te besteden. Aangenomen wordt dat de keuze van de onderaannemer een discretionair besluit is dat behoort tot de prerogatieven van de ondernemer. Deze keuzevrijheid is de tegenhanger van de regel dat de concessiehouder volledig verantwoordelijk blijft voor de uitvoering van de concessie. De onderaannemer onderhoudt overigens slechts — contractuele — betrekkingen met de concessiehouder. Het gaat om een privaatrechtelijke overeenkomst, aangezien zij is gesloten tussen twee particulieren.

60. De onderaanneming komt evenwel slechts regelmatig tot stand indien zij door de aanbestedende dienst wordt aanvaard, hetzij bij de sluiting van de overeenkomst, hetzij tijdens de uitvoering ervan. Bij die gelegenheid gaat de aanbestedende dienst de technische bekwaamheid en de economische draagkracht van de onderaannemer na. [31]

61. Wanneer de onderaannemer bij de indiening van de offerte wordt voorgesteld, geldt de kennisgeving van de gunning van de concessie als aanvaarding van de onderaannemer. Over het algemeen kan de aanbestedende dienst weigeren een onderneming als onderaannemer te erkennen wanneer zij bijvoorbeeld niet aan haar fiscale of sociaalrechtelijke verplichtingen heeft voldaan of wanneer zij niet over voldoende capaciteiten beschikt om de haar opgedragen taken tot een goed einde te brengen.

31 — Zie arrest van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom (C-314/01, Jurispr. blz. I-2549, punten 45 en 46), betreffende een openbare aanbestedingsprocedure.

62. De onderaanneming is niet beperkt tot wat in de offerte is aangekondigd. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst kan de hoofdaannemer om gewettigde redenen, die bijvoorbeeld verband houden met de daadwerkelijke kwaliteit van de verrichte prestaties of de financiële situatie van de onderaannemer, een beroep doen op andere onderaannemers of de onderaannemer vervangen. Dat biedt hem de mogelijkheid zijn prestaties aan te passen of zich overeenkomstig de bepalingen van de onderaannemingsovereenkomst te ontdoen van een onderneming die niet voldoet.

63. Wanneer in de overeenkomst in de vervanging van de onderaannemer is voorzien en de aanbestedende dienst zelf met deze wijziging instemt, kan in beginsel moeilijk worden gesteld dat deze verandering op zich een wijziging inhoudt van een wezenlijke voorwaarde van de concessie en vereist dat een nieuwe aanbestedingsprocedure wordt geopend.

64. Door zich akkoord te verklaren, geeft de aanbestedende dienst immers te kennen dat de identiteit van de onderaannemer niet wezenlijk is voor het doel van de concessie en dat de aan de hoofdaannemer toevertrouwde prestaties ongeacht deze wijziging overeenkomstig het bestek zullen worden verricht. Een dergelijke situatie kan zich voordoen wanneer op de betrokken markt een groot aantal ondernemingen bestaat dat gelijksoortige prestaties van gelijkwaardige kwaliteit aanbiedt.

65. Wanneer de aanbestedende dienst bovendien bepaalt dat een aantal voorwaarden voor de gunning van de overeenkomst na de keuze van de concessiehouder kunnen worden aangepast, en in het bestek uitdrukkelijk in deze aanpassingsmogelijkheid voorziet en vastlegt op welke wijze hiervan gebruik kan worden gemaakt, hebben alle ondernemingen die belangstelling hebben om aan de aanbesteding deel te nemen er van meet af aan kennis van en bevinden zij zich bijgevolg op voet van gelijkheid bij het opstellen van hun offerte.

66. Deze wijziging van de concessieovereenkomst kan evenwel in een situatie als die van het hoofdgeding vatbaar zijn voor kritiek.

67. De onderaannemer wordt immers zonder gewettigde reden na de sluiting van de overeenkomst en vóór de uitvoering van de eerste prestaties vervangen, terwijl de concessiehouder zich bij de indiening van zijn offerte op de faam en de technische deskundigheid van de onderaannemer heeft beroepen.

68. Wanneer de aanbestedende dienst een dergelijke praktijk aanvaardt, voldoet hij mijns

inziens niet aan de transparantieverplichting en het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers. Door aldus tewerk te gaan, onttrekt de aanbestedende dienst de offerte van FES, zoals deze is gewijzigd, aan een ernstig en transparant onderzoek van de verschillende kandidaturen, wat deze onderneming een ongerechtvaardigd voordeel kan verschaffen bij de gunning van de overeenkomst.

69. In de eerste plaats is het niet uitgesloten dat de stad Frankfurt am Main de voorkeur zou hebben gegeven aan een andere offerte dan die welke oorspronkelijk door FES is ingediend, indien deze zich voor het uitbesteden van de reclamediensten niet had beroepen op de talrijke kwaliteiten van verzoekster, een „goed presterende en ervaren partner", een „ervaren specialist op reclamegebied die wereldwijd actief is" en waarvan de „producten modern en esthetisch zijn". [32]

70. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt duidelijk dat FES de betrokken concessieovereenkomst heeft kunnen binnenhalen door verzoekster als onderaannemer naar voren te schuiven. Bij de keuze voor FES is immers rekening gehouden met haar verklaringen op het gebied van reclame, aangezien zij op dit gunningscriterium 27,3 punten heeft gescoord, terwijl haar voornaamste concurrent, interveniënte in de onderhavige zaak, hiervoor 20,1 punten heeft behaald. Voor de andere criteria heeft de stad Frankfurt am Main evenveel, zo niet meer, punten verleend aan interveniënte. Uit de stukken waarover ik beschik blijkt dus dat de vermelding van verzoekster in de algemene offerte van FES bepalend is geweest voor de verlening van de concessie.

71. In de tweede plaats doet de handelwijze van FES, die, na de concessieovereenkomst te hebben binnengehaald, de onderhandelingen voor de uitbesteding van de reclamediensten en de levering van de toiletinstallaties voortzet [33], om uiteindelijk verzoekster zonder enige wettige reden aan de kant te schuiven [34] haar oorspronkelijke offerte, zoals deze door de stad Frankfurt am Main is aanvaard, overkomen als een schijnofferte die enkel is opgezet om de serieuze concurrenten uit te schakelen teneinde de concessie binnen te halen, met de bedoeling evenwel — die onmiddellijk is gebleken — om deze vervolgens onder andere economische en technische voorwaarden uit te voeren dan die welke in de offerte waren uiteengezet en die als enige aan de mededinging waren onderworpen.

72. Gelet op al deze uit de verwijzingsbeslissing blijkende elementen diende deze

32 — Verwijzingsbeslissing, blz. 5 en 6.

33 — De concessieovereenkomst is met de stad Frankfurt am Main gesloten op 20 en 22 juli 2004, en FES heeft verzoekster en interveniënte respectievelijk op 5 januari en 28 juli 2005 uitgenodigd om offertes voor de reclamediensten en de levering van toiletinstallaties in te dienen. In dat stadium is verzoekster als onderaannemer afgewezen.

34 — In casu vind ik niets in de stukken dat de conclusie kan wettigen dat FES wettige gronden had om geen gebruik te maken van de diensten van de onderaannemer die zij bij de indiening van haar offerte had voorgesteld. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, is deze wijziging onbegrijpelijk, aangezien verzoekster FES een veel hogere jaarlijkse vergoeding heeft voorgesteld dan interveniënte.

vervanging van de onderaannemer, die plaatsvond nog voordat de eerste prestaties werden verricht en zonder dat ook maar enige technische of financiële moeilijkheid was aangevoerd, te worden voorafgegaan door een nieuwe aanbestedingsprocedure. Door deze vervanging van de onderaannemer toe te staan zonder de door het gemeenschapsrecht vereiste openbaarmaking en aanbesteding te hebben verricht, is de stad Frankfurt am Main mijns inziens tekortgeschoten in haar transparantieverplichting.

73. Ook al worden bij concessies daadwerkelijk minder openbare middelen ingezet dan bij overheidsopdrachten, dit neemt niet weg dat de procedure voor het gunnen van een dienstenconcessie de openbare lichamen en de gebruikers de best mogelijke dienst moet garanderen, dit op basis van een ernstige en transparante beoordeling van de verschillende kandidaturen met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers.

74. Indien de verwijzende rechter, gelet op alle elementen van het dossier, deze analyse van de feiten zou bevestigen, zou hij mijns inziens hieraan alle consequenties moeten verbinden die noodzakelijkerwijs uit een dergelijke schending voortvloeien.

75. Bijgevolg stel ik het Hof voor, de verwijzende rechter te antwoorden dat, wanneer in het kader van een procedure voor het gunnen van een dienstenconcessie de identiteit van de onderaannemer een wezenlijk element is waarop de aanbestedende dienst zich bij de toewijzing van de concessie heeft gebaseerd, de transparantieverplichting vereist dat de lidstaten een nieuwe aanbestedingsprocedure organiseren wanneer de concessiehouder de onderaannemer wenst te vervangen nog voordat de eerste prestaties zijn verricht en zonder dat hiertoe wettige redenen worden aangevoerd. Het staat aan de bevoegde nationale rechter om te beoordelen of de naam, de faam en de technische deskundigheid van de onderaannemer die FES bij de indiening van haar offerte heeft voorgesteld een wezenlijk element vormden waarop de stad Frankfurt am Main zich bij het gunnen van de concessie aan deze onderneming heeft gebaseerd.

2. Draagwijdte ratione personæ van de transparantieverplichting

76. Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een onderneming zoals FES gelet op haar in de verwijzingsbeslissing uiteengezette kenmerken moet worden beschouwd als een „aanbestedende dienst" in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 dan wel als een „openbaar bedrijf" in de zin van artikel 2 van richtlijn 80/723, dat als zodanig bij het gunnen van een dienstenconcessie aan een transparantieverplichting gebonden is.

77. De verwijzende rechter verwijst naar bovengenoemde richtlijnen, aangezien voor dienstenconcessies geen enkele tekst van afgeleid recht nauwkeurig heeft vastgesteld op welke entiteiten een transparantieverplichting rust.

78. Mijns inziens heeft het ontbreken van regelgeving dienaangaande geen kwalijke gevolgen, aangezien de beginselen die op dit punt zijn ontwikkeld in het kader van overheidsopdrachten kunnen worden toegepast op concessies voor diensten.

79. Het lijkt mij immers belangrijk om het begrip aanbestedende dienst op uniforme wijze te definiëren, aangezien dit begrip wordt geacht betrekking te hebben op alle openbare instanties die derden kunnen belasten met het verrichten van economische prestaties, en dit ongeacht het soort overeenkomst en ongeacht of het gaat om een overheidsopdracht dan wel om een concessie voor openbare diensten. Dienaangaande wil ik eraan herinneren dat de werkingssfeer van richtlijn 92/50 niet wordt bepaald door de aard van de betrokken verrichting, maar door de hoedanigheid van degene die deze voorstelt, aangezien alle door een aanbestedende dienst gegunde opdrachten dienen te worden toegewezen overeenkomstig de beginselen die in deze richtlijn zijn vastgesteld.

80. De verwijzing naar het begrip „openbaar bedrijf" in de zin van artikel 2 van richtlijn 80/723, die, zoals reeds gezegd, betrekking heeft op de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven, lijkt mij daarentegen veel minder relevant. De nationale rechter kan niettemin, indien hij dat noodzakelijk acht en rekening houdend met de elementen die ik zal aangeven bij het onderzoek van het begrip publiekrechtelijke instelling, beoordelen of een onderneming zoals FES als een „openbaar bedrijf" kan worden gekwalificeerd. [35]

a) Begrip „publiekrechtelijke instelling" in de zin van richtlijn 92/50

81. Alvorens de verschillende voorwaarden van richtlijn 92/50 te noemen waaronder een entiteit als een „aanbestedende dienst" kan worden gekwalificeerd, wil ik vooraf opmerken dat FES een gemengde onderneming is die is opgericht in het kader van een publiek-private samenwerking. [36] Frankfurt am Main heeft 51 % van de aandelen van deze onderneming in handen.

35 — De in artikel 2 van richtlijn 80/723 bedoelde voorwaarden om een entiteit als een „openbaar bedrijf" te kunnen kwalificeren blijken te overlappen met die van artikel 1 van richtlijn 92/50 om een entiteit als een „aanbestedende dienst" te kunnen kwalificeren.

36 — Zie dienaangaande de internetsite van deze onderneming: www.fes-frankfurt.de/profil (rubrieken „profil" en „chronik").

82. Deze zaak biedt het Hof dus de gelegenheid te preciseren of een dergelijke entiteit een „publiekrechtelijke instelling" in de zin van richtlijn 92/50 kan vormen, die als zodanig de fundamentele beginselen van het Verdrag in acht dient te nemen.

83. Alvorens dit onderzoek aan te vangen, wil ik preciseren wat dient te worden verstaan onder het begrip publiek-private samenwerking.

84. Deze samenwerking is een mechanisme waarbij kapitaal van de overheid, die gewoonlijk een meerderheidsdeelneming heeft, en van de privésector, die een minderheidsdeelneming heeft, wordt samengevoegd in een juridische structuur die in beginsel is onderworpen aan de gemeenrechtelijke regels van het handelsrecht. De publieke en private partners richten aldus een entiteit met gemengd kapitaal op, die de vorm kan aannemen van een gemengde vennootschap en overheidsopdrachten kan uitvoeren of, in het kader van een concessie, een lokale openbare dienst kan verzorgen. Zoals de Commissie in een recente mededeling heeft opgemerkt [37], is kenmerkend voor deze vorm van samenwerking, die veelal is gericht op de lange termijn, de rol van de private partner, die aan de verschillende fasen van het project in kwestie deelneemt (ontwerp, uitvoering en exploitatie), risico's draagt die traditioneel voor rekening van de publieke sector komen en vaak ook aan de financiering van het project bijdraagt. [38]

85. Dit neemt niet weg dat deze entiteit met gemengd kapitaal geen „interne" constructie voor het beheer van een openbare dienst vormt in de zin van de rechtspraak van het Hof. Wanneer de aanbestedende dienst een overheidsopdracht of een concessie aan dit soort entiteit gunt, moet hij dus alle regels inzake overheidsopdrachten en concessies in acht nemen, ongeacht of zij voortvloeien uit het Verdrag of uit het afgeleide recht. [39]

86. Ik zal thans de verschillende voorwaarden van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 onderzoeken waaronder een entiteit als een „publiekrechtelijke instelling" kan worden gekwalificeerd.

87. Volgens artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50, is een publiekrechtelijke instelling een instelling met rechtspersoonlijkheid die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en waarvan de activiteiten, de financiering of de leden van de raad van bestuur nauw afhangen van de staat, een

37 — Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS) van 5 februari 2008 [C(2007)6661].

38 — Blz. 2.

39 — Sinds zijn arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1), betreffende de gunning van een overheidsopdracht voor dienstverlening aan een gemengde vennootschap, heeft het Hof geoordeeld dat de deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, uitsluit dat deze aanbestedende dienst op deze vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (punt 49). Zie ook arrest ANAV, reeds aangehaald (punten 30-32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

territoriaal lichaam of een andere publiekrechtelijke instelling.

88. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn deze drie voorwaarden cumulatief, zodat een instelling bij het ontbreken van één van deze voorwaarden niet als een „publiekrechtelijke instelling" kan worden beschouwd en dus ook niet als een „aanbestedende dienst" in de zin van richtlijn 92/50. [40]

89. Gelet op het doel van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten is het Hof bovendien van oordeel dat het begrip „publiekrechtelijke instelling" functioneel moet worden uitgelegd. [41]

b) Onderzoek van de voorwaarden om te kunnen spreken van een publiekrechtelijke instelling

90. In casu wordt niet betwist dat FES rechtspersoonlijkheid heeft. Twijfels zijn er over de twee overige vereisten van richtlijn 92/50.

40 — Zie arrest van 11 juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Jurispr. blz. I-4779, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 — Arrest van 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Jurispr. blz. I-2339, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

i) Het specifieke doel van FES om te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn

91. Om te beginnen staat vast dat FES is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang [42], aangezien zij van meet af aan is belast met het beheer en de verwijdering van afval op het grondgebied van de stad Frankfurt am Main en met het reinigen van de stad. [43] Deze activiteiten houden ontegenzeglijk verband met het algemeen belang. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld in het arrest BFI Holding [44], gaat het hier om behoeften waarin niet geheel door particuliere ondernemingen kan worden voorzien in de mate als noodzakelijk wordt geacht uit hoofde van volksgezondheid of milieubescherming, reden waarom de staat ten aanzien hiervan een beslissende invloed wenst te behouden. [45]

92. Ik zal thans nagaan of deze behoeften van algemeen belang van een andere dan

42 — Volgens vaste rechtspraak moet het gaan om behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam om redenen van algemeen belang over het algemeen besluiten zelf te voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed willen behouden (arrest Ing. Aigner, reeds aangehaald, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het Hof heeft erkend dat dit het geval is voor het vervaardigen van officieel drukwerk, zoals paspoorten, rijbewijzen of identiteitskaarten (arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Jurispr. blz. I-73), het onderhoud van nationale bossen (arrest van 17 december 1998, Commissie/Ierland, C-353/96, Jurispr. blz. I-8565), het beheer van een universiteit (arrest van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035) of het beheer van een openbaar telecommunicatienetwerk (arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald).

43 — In zijn arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617), heeft het Hof erkend dat de instelling niet noodzakelijkerwijs van meet af aan met deze taak moet zijn belast.

44 — Arrest van 10 november 1998 (C-360/96, Jurispr. blz. I-6821).

45 — Punten 51-53.

industriële of commerciële aard zijn. Deze vraag is moeilijker.

93. Er bestaat zeer veel rechtspraak over de wijze waarop het bestaan van deze behoeften dient te worden beoordeeld. [46] Volgens het Hof moet rekening worden gehouden met alle gegevens, rechtens en feitelijk, die relevant kunnen blijken te zijn, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is. Dienaangaande is het met name van belang, na te gaan of de betrokken instelling haar activiteiten uitoefent onder normale marktvoorwaarden. [47] Daartoe onderzoekt het Hof de concurrentiesituatie op de markt van de producten en de diensten waarvoor deze instelling is opgericht. Het bestaan van concurrentie kan weliswaar een aanwijzing zijn dat een behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard is, maar dit is geen voldoende aanwijzing. [48] Daarnaast dient nog te worden onderzocht of de instelling winst nastreeft, de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt en voor de uitoefening van de betrokken activiteit door de overheid wordt gefinancierd. [49]

46 — Ik doel met name op de arresten van 10 mei 2001, Agorà en Excelsior (C-223/99 en C-260/99, Jurispr. blz. I-3605); 27 februari 2003, Adolf Truley (C-373/00, Jurispr. blz. I-1931), en 22 mei 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, Jurispr. blz. I-5321), en de reeds aangehaalde arresten BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. en Ing. Aigner.

47 — Arrest Ing. Aigner, reeds aangehaald (punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 — In het reeds aangehaalde arrest Adolf Truley heeft het Hof geoordeeld dat het bestaan van een sterke concurrentie op zich niet de conclusie wettigt dat er geen sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan van industriële of commerciële aard (punt 61).

49 — Arrest Korhonen e.a., reeds aangehaald (punten 55-59).

94. Het dossier bevat onvoldoende elementen om al deze omstandigheden correct te kunnen beoordelen. Het staat aan de verwijzende rechter, die als enige over een grondige kennis van het dossier beschikt, deze omstandigheden te onderzoeken. Ik zal niettemin enkele nuttige aanwijzingen verstrekken.

95. Wat de omstandigheden betreft waaronder deze instelling is opgericht, dient mijns inziens rekening te worden gehouden met de bijzondere kenmerken van de markt voor afvalinzameling en -verwerking, een van de activiteiten waarvoor FES is opgericht.

96. De markt voor afvalinzameling en -verwerking is aanzienlijk gegroeid, met name door de verstrenging van de regels betreffende het beheer en de nuttige toepassing van afvalstoffen en de regels ter voorkoming van milieuhinder. Deze verstrenging heeft rechtstreeks geleid tot een verhoging van de kosten voor het inzamelen en verwerken van afval en deze activiteit tevens complexer en technischer gemaakt. Gelet op deze problemen heeft een groot aantal lokale lichamen ervoor geopteerd deze activiteit te delegeren aan gespecialiseerde ondernemingen, die ten volle hebben kunnen profiteren van de ontwikkeling van deze markt.

97. Op basis van deze elementen kom ik tot de conclusie dat de oprichting van deze entiteit niet is ingegeven door het streven winst te maken. Deze activiteit is weliswaar in werkelijkheid uiterst winstgevend, maar dat neemt niet weg dat de oprichting van FES in elk geval niet tot voornaamste doel had deze winsten na te streven. Bovengenoemde elementen gelden a fortiori voor de stadsreiniging, die minder winstgevend is dan het inzamelen en verwerken van afval.

98. Wat de voorwaarden betreft waaronder FES haar activiteit uitoefent, en met name de concurrentievoorwaarden in de sectoren van de afvalinzameling en -verwerking en de stadsreiniging, dient de verwijzende rechter te onderzoeken of FES actief is op een concurrentiële markt met echte concurrenten, dan wel of zij de facto vrijwel een monopoliepositie inneemt, dankzij bijvoorbeeld haar hoedanigheid van „historische exploitant" [50] of het bestaan van toegangsdrempels tot de markt. Het ontbreken van reële mededinging is geen noodzakelijke voorwaarde om FES te kunnen kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling, maar het zou een aanwijzing kunnen zijn dat FES bijdraagt tot het vervullen van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is.

99. Bovendien is het feit dat FES naast haar taak van algemeen belang andere winstgevende activiteiten verricht, niet relevant voor de beslechting van het hoofdgeding. Het Hof is immers van oordeel dat de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling niet afhangt van de mate waarin de betrokken instelling voorziet in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard. Indien de onderneming blijft voorzien in deze behoeften, is het volgens het Hof irrelevant dat de onderneming andere winstgevende activiteiten uitoefent, en dit ongeacht het aandeel van deze activiteiten in de totale omzet van de onderneming. [51]

100. Voorts verschilt FES weliswaar juridisch gezien weinig van een naamloze vennootschap die in handen is van private marktdeelnemers, aangezien zij de economische risico's draagt die aan haar activiteit zijn verbonden en ook failliet kan worden verklaard, maar uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de stad Frankfurt am Main niet zou toestaan dat een dergelijke situatie zich voordoet. Bovendien legt deze stad haar bewoners een gemeentetaks op ter financiering van de vergoedingen die zij aan FES betaalt voor het verwijderen van het afval en het reinigen van de weg.

50 — Volgens de internetsite van FES ligt de oorsprong van deze onderneming in de gemeentedienst voor afvalbeheer en stadsreiniging [Amt für Abfallwirtschaft und Stadtreinigung].

51 — Reeds aangehaalde arresten Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (punten 25, 26 en 31), BFI Holding (punten 55 en 56), en Ing. Aigner (punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

101. Gelet op deze elementen ben ik dus geneigd te denken dat FES is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.

102. Het is evenwel aan de verwijzende rechter, die als enige over de relevante gegevens beschikt, om de voorwaarden waaronder FES haar activiteit uitoefent en met name de concurrentievoorwaarden in de sectoren waarvoor deze onderneming is opgericht, te beoordelen teneinde de precieze aard vast te stellen van de behoeften waarin deze onderneming voorziet.

ii) Het vereiste dat de instelling nauw afhangt van de staat, een territoriaal lichaam of andere publiekrechtelijke instellingen

103. Volgens artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, van richtlijn 92/50 heeft deze voorwaarde betrekking op de volgende drie alternatieve criteria:

— ofwel wordt de activiteit in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd,

— ofwel is het beheer onderworpen aan toezicht door deze laatste,

— ofwel zijn de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen aangewezen.

104. Vaststaat dat de stad Frankfurt am Main 51 % van het kapitaal van FES in handen heeft en dus een meerderheidsdeelneming in deze onderneming heeft. Deze deelneming kan weliswaar doen vermoeden dat de stad een dominante invloed op de onderneming uitoefent, maar het is niet zeker dat deze invloed zich vertaalt in de wijze waarop deze functioneert en wordt beheerd.

105. Ik onderzoek om te beginnen de wijze waarop deze onderneming wordt beheerd, aangezien de stad Frankfurt am Main beschikt over een vetorecht op de algemene vergadering, dat naargelang van de wijze waarop het wordt uitgeoefend, de stad een feitelijke controle over het beheer van de onderneming kan verlenen.

— Criterium betreffende het toezicht op het beheer van de betrokken instelling

106. Volgens vaste rechtspraak heeft dit criterium betrekking op het geval waarin een instelling zich jegens de overheid in een afhankelijke positie bevindt die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria is voldaan. Deze afhankelijkheid moet de overheid in staat stellen, de besluiten van deze instelling betreffende overheidsopdrachten [52] of, naar analogie, betreffende concessies te beïnvloeden.

107. Het reeds aangehaalde arrest Adolf Truley betreft een van de gevallen waarin het Hof heeft geoordeeld dat aan dit criterium was voldaan. In die zaak was het Kontrollamt bevoegd om niet alleen de jaarbalans van de betrokken onderneming te controleren, maar ook om erop toe te zien dat het lopende beheer cijfermatig correct, volgens de regels, op spaarzame, rendabele en rationele wijze werd gevoerd. Het Kontrollamt kon overigens de kantoren en installaties van het bedrijf bezoeken en over het resultaat van deze onderzoeken verslag uitbrengen bij de bevoegde organen en de aandeelhouders van de vennootschap en bij de stad. Volgens het Hof stelden deze bevoegdheden de overheid in staat het beheer van deze vennootschap actief te controleren.

52 — Zie arrest Adolf Truley, reeds aangehaald (punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

108. In de onderhavige zaak dient de verwijzende rechter rekening te houden met alle feitelijke of juridische omstandigheden waardoor de stad Frankfurt am Main een bepalende invloed zou kunnen uitoefenen op de activiteit van FES. In casu dient hij mijns inziens zijn aandacht toe te spitsen op de wijze waarop deze stad in de algemene vergadering van deze onderneming het vetorecht uitoefent dat aan haar meerderheidsdeelneming verbonden is. De verwijzende rechter dient de omvang van dit recht te onderzoeken, rekening houdend met de besluiten waarvoor het kan worden uitgeoefend en met eventuele beperkende voorwaarden.

109. De stad kan immers weliswaar geen beslissingen afdwingen [53], maar dat neemt niet weg dat zij een exclusieve controle over FES kan uitoefenen indien zij zich kan verzetten tegen de strategische beslissingen van de onderneming op het gebied van haar handelsbeleid, de benoeming van de bestuurders, de begroting of het ondernemingsplan. Indien de verwijzende rechter aantoont dat de stad Frankfurt am Main zich op grond van haar vetorecht kan verzetten tegen beslissingen die van kapitaal belang zijn voor de commerciële strategie van FES en beslissingen van deze onderneming kan blokkeren, heeft deze stad een beslissende invloed op het beheer van FES en controleert zij haar dus in feite.

53 — Ik merk op dat de algemene vergadering van FES slechts met een drievierde meerderheid beslissingen kan nemen. Indien Frankfurt am Main 51 % van het kapitaal van deze onderneming in handen heeft, volstaat deze deelneming dus niet om alleen beslissingen in het kader van deze vergadering te kunnen nemen.

110. Ter bepaling van de exacte mate waarin de stad Frankfurt am Main controle uitoefent over het beheer van FES, dient de verwijzende rechter dus te beoordelen of deze stad via het vetorecht dat haar als meerderheidsaandeelhouder is verleend, beslissende invloed kan uitoefenen op het beheer van de onderneming.

111. Indien de verwijzende rechter van oordeel zou zijn dat dit vetorecht de stad Frankfurt am Main niet in staat stelt controle uit te oefenen over het beheer van deze onderneming, dient hij de twee overige criteria te onderzoeken.

— Voorwaarde dat de activiteit in hoofdzaak door het territoriale lichaam wordt gefinancierd

112. Het Hof heeft in het reeds aangehaalde arrest University of Cambridge de draagwijdte van deze voorwaarde gepreciseerd. Alleen prestaties die inhouden dat de activiteiten van de betrokken entiteit worden gefinancierd of ondersteund door de verlening van financiele steun zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als „openbare financiering". De door een aanbestedende dienst betaalde vergoedingen die de tegenprestatie vormen voor contractuele prestaties, vallen daarentegen niet onder deze categorie. [54]

113. Het Hof heeft eveneens opgemerkt dat het begrip „in hoofdzaak" aldus moet worden uitgelegd dat het „meer dan de helft" betekent, dat bij de beoordeling van dit aandeel van de openbare financiering rekening moet worden gehouden met alle inkomsten van de betrokken instelling, met inbegrip van de inkomsten voortvloeiend uit een commerciële activiteit, en dat de berekening moet geschieden op jaarbasis.

114. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat meer dan de helft van de jaaromzet van FES voortkomt uit de wederkerige overeenkomsten inzake afvalinzameling en -verwerking en stadsreiniging die zij met de stad Frankfurt am Main heeft gesloten. De bedragen die deze stad betaalt, vormen dus de tegenhanger van de contractuele prestaties die FES verricht, en de stad heeft er duidelijk een economisch belang bij dat deze prestaties worden verricht. Een dergelijke contractuele verhouding kan weliswaar FES in een afhankelijke positie plaatsen ten opzichte van de stad, maar deze afhankelijkheid is volgens het Hof van een andere aard dan die welke voortvloeit uit het louter verstrekken van steun, en

54 — Punten 21 en 24. In die zaak omvatte de openbare financiering de studiebeurzen en de toelagen die werden betaald ter ondersteuning van onderzoekswerk dat aan de universiteit werd verricht, en niet de vergoedingen die door de staat werden betaald als tegenprestatie voor de verlening van diensten door de universiteit.

dient te worden gelijkgesteld met die welke bestaat in het kader van normale commerciele betrekkingen. [55]

115. Gelet op deze elementen vormen de vergoedingen die de stad Frankfurt am Main aan FES heeft betaald, geen openbare financiering in de zin van de aangehaalde rechtspraak.

— Criterium betreffende de samenstelling van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht

116. In de verwijzingsbeslissing wordt niet gepreciseerd hoe de raad van bestuur en de directie van FES zijn samengesteld en hoe de leden ervan worden aangewezen. De verwijzende rechter merkt enkel op dat de stad Frankfurt am Main een vierde van de leden van de raad van toezicht benoemt, alsook de voorzitter ervan, die in geval van gelijkheid van stemmen een doorslaggevende stem heeft. [56] Dat volstaat dus niet om aan dit criterium te voldoen.

117. Gelet op al deze elementen ben ik van mening dat een entiteit met gemengd kapitaal zoals FES, die is opgericht in het kader van een partnerschap met de stad Frankfurt am Main, een „publiekrechtelijke instelling" in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 is wanneer vaststaat dat deze entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciele aard zijn en dat haar directie en raad van bestuur nauw afhangen van de stad.

118. Deze entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 92/50 voor zover zij zich bezighoudt met de inzameling en de verwerking van afval

55 — Arrest University of Cambridge, reeds aangehaald (punt 25).

56 — Deze raad heeft, zoals de naam ervan aangeeft, tot taak controle uit te oefenen over en toezicht te houden op het beheer van de vennootschap. Zeer vaak kan de raad van toezicht zowel de opportuniteit als de regelmatigheid controleren en met name de verificaties verrichten die hij opportuun acht of haar opmerkingen over de jaarrekening van de vennootschap overleggen aan de algemene vergadering. Hij kan ook over bijzondere bevoegdheden beschikken op grond waarvan hij bijvoorbeeld leden of de voorzitter van de raad van bestuur kan benoemen of toestemming kan verlenen voor de overdracht van deelnemingen. De voorzitter van de raad van toezicht vervult over het algemeen twee soorten functies, die gewoonlijk bestaan in het samenroepen van de raad en het leiden van de debatten. De rol en de functies van de raad van toezicht worden gepreciseerd in de wet en zijn vastgelegd in de statuten van de vennootschap, waarover ik niet beschik (zie Cozian, M., Viandier, A., en Deboissy, F., *Droit des sociétés,* 17e ed., Litec, Parijs, 2004, blz. 286 en 287).

en stadsreiniging op het grondgebied van de stad. Om uit te maken of deze behoeften niet van industriële of commerciële aard zijn, dient de bevoegde nationale rechter de omstandigheden te beoordelen waaronder FES haar activiteit uitoefent, en met name de concurrentievoorwaarden in deze sectoren.

119. Een dergelijke entiteit hangt nauw af van het openbare lichaam in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, van richtlijn 92/50 wanneer het beheer ervan en de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht door dit laatste worden gecontroleerd. Ter bepaling van de exacte mate waarin de stad Frankfurt am Main controle uitoefent over het beheer van FES, dient de bevoegde nationale rechter te beoordelen of de stad via haar vetorecht op de algemene vergadering of de samenstelling van deze ondernemingsorganen, actief controle kan uitoefenen over het beheer van deze entiteit en op dezelfde wijze invloed kan uitoefenen op haar besluiten tot het gunnen van dienstenconcessies.

C — *Injunctiebevoegdheid van de nationale rechter in geval van niet-nakoming van de transparantieverplichting*

120. Met zijn eerste en zijn vierde vraag wenst het Landgericht Frankfurt am Main van het Hof te vernemen op welke wijze het rechterlijk toezicht op besluiten die in het kader van dienstenconcessies zijn genomen, dient te worden uitgeoefend. De verwijzende rechter vraagt zich met name af of het gemeenschapsrecht in omstandigheden als die van het hoofdgeding vereist dat de lidstaten hun nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid verlenen om verplichtingen op te leggen aan partijen die zonder inachtneming van de transparantieverplichting een concessieovereenkomst hebben gesloten.

121. In de onderhavige zaak komt verzoekster niet op tegen het besluit van de stad Frankfurt am Main om de dienstenconcessie aan FES te gunnen. Zij betwist wel het besluit waarbij de administratie op grond van artikel 30, IV, van de concessieovereenkomst heeft ingestemd met de vervanging van de onderaannemer tijdens de uitvoering van deze overeenkomst. Volgens verzoekster is de stad Frankfurt am Main aldus haar transparantieverplichting niet nagekomen, door deze overeenkomst op een wezenlijk punt te wijzigen zonder te hebben voldaan aan de door het gemeenschapsrecht gestelde vereisten inzake openbaarmaking en openstelling voor de mededinging.

122. Dit geding betreft dus niet de totstandkoming van de concessieovereenkomst, maar de uitvoering ervan. Met haar vordering verzoekt Wall de nationale rechter, een nieuwe schending van de transparantieverplichting te voorkomen door de administratie te verbieden toestemming te verlenen voor een vervanging van de onderaannemer voor de

levering en het onderhoud van de openbare toiletten die in de stations Kornmarkt, Galluswarte en Rödelheim dienen te worden geïnstalleerd. Zij verzoekt de rechter eveneens om FES te verbieden, opnieuw een onderaannemingsovereenkomst voor deze diensten te sluiten. Teneinde de uitvoeringsvoorwaarden van de dienstenconcessie te regulariseren, verzoekt Wall de nationale rechter tevens, de administratie en in voorkomend geval FES te gelasten om de overeenkomsten die zonder inachtneming van de transparantieverplichting zijn gesloten, op te zeggen.

123. Ter beantwoording van de vragen van de verwijzende rechter dient te worden herinnerd aan de voorwaarden waaronder de nationale rechter de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, dient te verzekeren.

1. Inleidende opmerkingen

124. In zijn huidige stand regelt het gemeenschapsrecht niet de wijze waarop de lidstaten de uitvoering van rechterlijke beslissingen moeten verzekeren en een niet-nakoming van de transparantieverplichting in het kader van de uitvoering van een dienstenconcessie moeten bestraffen. Ter beoordeling van de vraag in hoeverre de lidstaten hun nationale rechters een injunctiebevoegdheid moeten verlenen, dient dus te worden uitgegaan van de beginselen van gemeenschapsrecht, met name van het beginsel van het primaat van het gemeenschapsrecht en van het beginsel van de procesautonomie van de lidstaten.

125. Het beginsel van het primaat van het gemeenschapsrecht vereist dat de lidstaten doeltreffende sancties verbinden aan schendingen van de transparantieverplichting in het kader van een procedure voor de gunning van een dienstenconcessie.

126. Zoals reeds gezegd, vormt de transparantieverplichting immers een concrete en bijzondere uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel dat de lidstaten in acht moeten nemen wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht. Deze verplichting brengt voor de justitiabelen rechten mee die daadwerkelijk door de nationale rechter moeten kunnen worden beschermd. Deze laatste moet dus kunnen garanderen dat zijn rechterlijke beslissing ten volle wordt uitgevoerd, en moet doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties kunnen opleggen om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

127. Dit is mijn uitgangspunt.

128. Anderzijds strookt het mijns inziens bij gebreke van een gemeenschapsregeling met het beginsel van de procesautonomie van de lidstaten om het aan hen over te laten, de bevoegdheden vast te stellen waarover de nationale rechter moet beschikken om de uitvoering van zijn rechterlijke beslissingen te verzekeren en de niet-nakoming van de transparantieverplichting bij de gunning van een concessieovereenkomst te bestraffen. Een dergelijke verwijzing naar de nationale procedurevoorschriften van de lidstaten, die vanzelfsprekend de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht moeten nemen, zou bovendien meer sporen met de vaste rechtspraak van het Hof, die de procesautonomie van de lidstaten eerbiedigt.

129. Volgens deze rechtspraak is het bij ontbreken van een gemeenschapsregeling een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van iedere lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen strekkende tot bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten niet in feite onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). [57]

57 — Arrest van 15 april 2008, Impact (C-268/06, Jurispr. blz. I-2483, punten 44 en 46-48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

130. De vragen van de verwijzende rechter moeten in het licht van deze overwegingen worden beantwoord.

2. Beoordeling

131. Met zijn eerste, tweede en vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de transparantieverplichting aldus dient te worden uitgelegd dat de lidstaten de nationale rechter een injunctiebevoegdheid ten aanzien van de partijen in het geding moeten verlenen teneinde de nakoming van deze verplichting te verzekeren. De verwijzende rechter wenst tevens van het Hof te vernemen of de nationale rechter gehouden is, de partijen te gelasten om de overeenkomst die zonder inachtneming van de transparantieverplichting is gesloten, te beëindigen. [58]

58 — Deze vierde prejudiciële vraag is zo geformuleerd dat niet duidelijk is of de verwijzende rechter het heeft over de dienstenconcessieovereenkomst tussen de stad Frankfurt am Main en FES dan wel over de onderaannemingsovereenkomst die vervolgens tussen de concessiehouder en DSM is gesloten. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers dat verzoekster niet opkomt tegen het besluit waarbij de stad Frankfurt am Main de dienstenconcessie aan FES heeft gegund. Zij vordert dus niet de ontbinding van de met deze onderneming gesloten concessieovereenkomst. Zij betwist wel het besluit waarbij de stad Frankfurt am Main op grond van artikel 30, IV, van de concessieovereenkomst heeft ingestemd met de vervanging van de onderaannemer. Met haar vordering voor de nationale rechter beoogt verzoekster in wezen de onderaannemingsovereenkomst tussen FES en DSM elke werking te ontnemen. Anderzijds stelt de verwijzende rechter in zijn beschikking vast dat de stad Frankfurt am Main de dienstenconcessieovereenkomst waarvan zij de wijziging had goedgekeurd, diende op te zeggen. Gelet op deze onduidelijkheid ga ik ervan uit dat deze vraag betrekking heeft op deze twee gevallen.

132. De injunctiebevoegdheid is de aan de rechter verleende mogelijkheid om een partij te gelasten, al dan niet een door hem vastgestelde handeling te verrichten, eventueel op straffe van een dwangsom. De rechter voor wie een zaak aanhangig is, kan aldus een particulier of de administratie gelasten een bepaalde maatregel te nemen wanneer het vonnis noodzakelijkerwijs vereist dat een van de partijen bij het geding deze maatregel neemt. Deze bevoegdheid vormt een nuttig middel om de uitvoering van rechterlijke beslissingen te verzekeren en om moeilijkheden bij de uitvoering van in kracht van gewijsde gegane beslissingen het hoofd te bieden en weigeringen tot uitvoering ervan te counteren.

133. Op dit ogenblik bestaat er geen communautaire regelgeving met betrekking tot het beginsel dat de nationale rechter bevelen kan opleggen. Bovendien wordt dit beginsel niet uniform toegepast in de lidstaten, met name wanneer het bevel is gericht tot de administratie.

134. In Duitsland staat deze bevoegdheid van de rechter om bevelen op te leggen aan de administratie — evenals in het Verenigd Koninkrijk — vast. De Duitse rechter is algemeen bevoegd om bevelen op te leggen aan de administratie. Ook de Britse rechter kan alle administraties, met uitzondering van de regering en de rechtstreekse medewerkers daarvan, gelasten iets te doen of niet te doen. De kwestie is langer aan de orde geweest voor de Franse administratieve rechter, wegens diens traditionele opvatting over de scheiding der machten. Op deze opvatting bestaan vandaag de dag, sinds de vaststelling van de wet van 8 februari 1995, tal van uitzonderingen. [59]

135. Zoals reeds gezegd, moeten de lidstaten in de huidige stand van het gemeenschapsrecht in het kader van hun interne rechtsorde en overeenkomstig de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid de noodzaak van deze injunctiebevoegdheid nagaan en in voorkomend geval de voorwaarden vaststellen waaronder deze dient te worden verleend. Daarbij moeten de lidstaten zich baseren op de beginselen die aan hun nationale rechterlijke systeem ten grondslag liggen. Zij moeten onderzoeken in hoeverre deze injunctiebevoegdheid past in het geheel van bestaande rechtsmiddelen, en rekening houden met de bevoegdheden die reeds aan de nationale rechter zijn verleend. Bij deze beoordeling moeten de lidstaten bedacht zijn op de noodzaak te garanderen dat rechterlijke beslissingen waarbij het bestaan wordt vastgesteld van rechten die op grond van het gemeenschapsrecht zijn aangevoerd, volledig worden uitgevoerd. Bij het nastreven van dit doel moeten de lidstaten trachten de volle werking van het gemeenschapsrecht te garanderen en de bescherming van de rechten die de justitiabelen hieraan ontlenen, te verzekeren.

59 — Wet nr. 95-125 betreffende de rechterlijke organisatie en de civiele, strafrechtelijke en administratieve rechtspleging (JORF van 9 februari 1995). Zie artikelen L-911-1 tot en met L-911-3 van het wetboek voor administratieve rechtspleging.

136. Het gemeenschapsrecht eist weliswaar niet dat de beëindiging van de overeenkomst wordt gelast, maar dit zou wel eens de meest geschikte sanctie kunnen zijn om de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht en de bescherming van de rechten van de justitiabelen te verzekeren. Dit kan met name het geval zijn wanneer het gaat om een bijzonder zware schending van de bepalingen van gemeenschapsrecht, zoals die welke een passende openbaarmaking en een voorafgaande oproep tot mededinging aan de inschrijvers vereisen. Dienaangaande kunnen we ons laten leiden door hetgeen de gemeenschapswetgever in dit kader in artikel 2 quinquies van richtlijn 2007/66 heeft bepaald. [60]

137. In zijn verwijzingsbeslissing stelt het Landgericht Frankfurt vast dat de stad Frankfurt am Main de dienstenconcessieovereenkomst waarvan zij de wijziging had goedgekeurd, diende op te zeggen.

138. Ter ondersteuning van zijn standpunt heeft de verwijzende rechter opgemerkt dat de beginselen die door de gemeenschapswetgever in artikel 2 van richtlijn 89/665 zijn vastgesteld en door het Hof in zijn arrest Commissie/Duitsland [61] zijn bevestigd, van overeenkomstige toepassing zijn op procedures voor de gunning van dienstenconcessies.

139. In die zaak, die was aangespannen op grond van artikel 228 EG, heeft het Hof de Bondsrepubliek Duitsland veroordeeld omdat zij een overeenkomst voor de verwijdering van afval van de stad Braunschweig (Duitsland), die in strijd met richtlijn 92/50 was gesloten, niet had beëindigd. De Bondsrepubliek Duitsland betoogde op grond van artikel 2, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 dat de schadevergoeding waarop de gelaedeerde ondernemingen aanspraak konden maken, volstonden als sanctie voor de door de aanbestedende dienst gepleegde inbreuk. Het Hof heeft deze redenering niet gevolgd. Volgens het Hof regelt deze bepaling de verhouding tussen een lidstaat en zijn onderdanen, maar niet de verhouding tussen een lidstaat en de Gemeenschap en kan de lidstaat dus niet op grond hiervan aan zijn eigen gemeenschapsrechtelijke aansprakelijkheid ontsnappen. Doordat de Bondsrepubliek Duitsland de gevolgen van de betrokken overeenkomst handhaafde, duurde de inbreuk voort en bestond het gevaar dat de belemmering van het vrij verrichten van diensten bleef bestaan zolang deze overeenkomst werd uitgevoerd. Volgens het Hof diende de overeenkomst dus niet alleen te worden beëindigd om de volledige uitvoering van een niet-nakomingsarrest te

60 — Volgens deze bepaling moet een overeenkomst geheel of gedeeltelijk onverbindend worden verklaard indien zij is gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, indien de gelaedeerde inschrijver geen precontractuele rechtsmiddelen heeft kunnen doen gelden, of in het zeer specifieke geval dat de opdrachten op grond van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopsysteem in de zin van richtlijn 2004/18 zijn gegund. Op grond van artikel 2 sexies van richtlijn 2007/66 kunnen de lidstaten evenwel in alternatieve sancties voorzien, rekening houdend met onder meer de ernst van de inbreuk, het gedrag van de aanbestedende dienst en, in voorkomend geval, de omvang van de gevolgen van de nietigverklaring. Het kan gaan om geldboetes of om een verkorting van de looptijd van de overeenkomst.

61 — Arrest van 18 juli 2007 (C-503/04, Jurispr. blz. I-6153, punten 29-36).

garanderen, maar ook om de eerbiediging van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

140. Anders dan de verwijzende rechter denk ik niet dat de beginselen die in de rechtspraak betreffende overheidsopdrachten zijn ontwikkeld, simpelweg kunnen worden toegepast op geschillen betreffende dienstenconcessies, en dit om twee redenen.

141. In de eerste plaats hebben de lidstaten geen wettelijke regeling willen vaststellen voor de procedure voor de gunning van dienstenconcessies, anders dan voor de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, waarvoor een groot aantal teksten is vastgesteld. Bijgevolg kunnen we niet voorbijgaan aan het feit dat op dit gebied geen communautaire regelgeving bestaat en kunnen we de precieze en dwingende regels van richtlijn 89/665 niet naar analogie toepassen.

142. In de tweede plaats lijkt het mij moeilijk om de gevolgen die aan de niet-nakoming van de transparantieverplichting dienen te worden verbonden op dezelfde wijze te beoordelen, ongeacht of het gaat om een overheidsopdracht of om een concessie voor openbare diensten. In het geval van een dergelijke concessie moeten de sancties immers niet alleen tot doel hebben, de eerbiediging van de regels te verzekeren of een tekortkoming van de aanbestedende dienst te bestraffen. Zij hebben tevens en misschien wel vooral tot doel, de goede werking van de openbare diensten te verzekeren en het door de overeenkomst nagestreefde algemene belang te beschermen.

143. Het rechterlijke bevel moet weliswaar met name de volle werking van het gemeenschapsrecht verzekeren, maar de noodzaak ertoe moet geval per geval door de nationale rechter kunnen worden beoordeeld. Het voorwerp van dit bevel dient te worden beoordeeld, rekening houdend met alle relevante aspecten van een zaak, zoals het gedrag van de aanbestedende dienst, de aard van de gepleegde inbreuk en alle belangen die kunnen worden geschaad, met name het algemene belang.

144. In het kader van het onderhavige geding is het in Duitsland een vaststaand beginsel dat de nationale rechter een bevel mag uitvaardigen. Volgens de verwijzingsbeslissing kan de nationale rechter deze bevoegdheid

krachtens § 1004, lid 1, BGB [62] uitoefenen in twee soorten gevallen:

— wanneer een persoon schade heeft geleden door de aantasting van door de wet beschermde belangen, zoals het leven, de fysieke integriteit en de persoonlijkheid, de gezondheid, de vrijheid en de eigendom, of

— wanneer een persoon schade heeft geleden door de schending van een „wet ter bescherming van een derde" in de zin van § 823, lid 2, BGB.

145. In de onderhavige zaak dient de verwijzende rechter na te gaan of de bevoegde rechter op basis van het nationale procesrecht, in casu § 823, lid 2, BGB, een bevel tot de administratie kan richten wanneer deze haar transparantieverplichting niet is nagekomen, en haar kan gelasten de overeenkomst met FES op te zeggen en niet meer in te stemmen met een vervanging van de onderaannemer. [63]

146. Daartoe dient hij in de eerste plaats te beoordelen of deze verplichting een „wet ter bescherming van een derde" in deze zin van deze bepaling vormt. Zoals de verwijzende rechter in de overwegingen met betrekking zijn tweede prejudiciële vraag heeft uiteengezet, zal dit het geval zijn wanneer deze verplichting tot het gewoonterecht behoort.

147. Ik herinner de verwijzende rechter eraan dat de transparantieverplichting een uitdrukking vormt van het algemene beginsel van gelijke behandeling. Dat beginsel behoort tot de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht en vloeit rechtstreeks voort uit de bepalingen van het Verdrag. [64] Het roept rechten voor de particulieren in het leven en dient door alle autoriteiten van de lidstaten in acht te worden genomen wanneer zij het gemeenschapsrecht uitvoeren. Zij dienen dit recht dus zoveel mogelijk zodanig toe te passen dat de vereisten in verband met de bescherming van de fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde in acht worden genomen. In de onderhavige zaak zal de

62 — Deze bepaling luidt als volgt:
„Indien de aantasting van het eigendomsrecht een andere oorzaak heeft dan onteigening of retentie, kan de eigenaar degene die de hinder veroorzaakt verzoeken een einde te maken aan de betrokken aantasting. Indien een nieuwe aantasting van het eigendomsrecht valt te vrezen, kan de eigenaar een procedure ter verkrijging van een rechterlijk bevel instellen."
Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat deze bepaling naar analogie is toegepast op andere aantastingen (met name van het leven, de fysieke integriteit, de persoonlijkheid, de gezondheid en de vrijheid) en op bepaalde onrechtmatige gedragingen.

63 — Zie met name arresten van Rodríguez Caballero, reeds aangehaald (punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 27 februari 2003, Santex (C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punten 62 en 63), en 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 44).

64 — Zie arrest Parking Brixen, reeds aangehaald (punten 48 en 49).

nationale rechter de nationale regels die de rechter een injunctiebevoegdheid verlenen dus zoveel mogelijk aldus moeten uitleggen dat de volle werking van het gemeenschapsrecht verzekerd is en de bescherming van de rechten die verzoekster hieraan ontleent gegarandeerd is.

148. Indien de verwijzende rechter van oordeel is dat de transparantieverplichting een „wet ter bescherming van een derde" in de zin van § 823, lid 2, BGB vormt, dient hij zich ervan te vergewissen of de voorwaarden waaronder de nationale rechter een bevel kan opleggen in geval van niet-nakoming van de transparantieverplichting, gelijkwaardig zijn aan die welke gelden in een geding dat is gebaseerd op een schending van het nationale recht. Hij zal zich er ook van moeten vergewissen of de betrokken regels de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

149. In het onderhavige geding gaat het erom de volle werking van het gemeenschapsrecht te garanderen door schendingen van de transparantieverplichting doeltreffend te bestraffen en een dreigende schending van deze verplichting door een nieuwe onrechtmatige toepassing van de onderaannemingsclausule in artikel 30, IV, van de concessieovereenkomst te voorkomen.

150. Gelet op dit doel zal de verwijzende rechter moeten beoordelen of de stad Frankfurt am Main en, in voorkomend geval, FES dienen te worden gelast om de in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten overeenkomsten te beëindigen. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, stelt het Landgericht Frankfurt am Main vast dat de niet-nakoming van de transparantieverplichting een zwaarwegende reden voor de opzegging van de concessieovereenkomst kan vormen in de zin van § 314 BGB. [65]

151. Eveneens met dit doel in gedachten zal de verwijzende rechter moeten beoordelen of de administratie en FES een verbod dient te worden opgelegd om in omstandigheden als die van het hoofdgeding de onderaannemer die instaat voor de levering en het onderhoud van de openbare toiletten die in de stations Kornmarkt, Galluswarte en Rödelheim dienen te worden geïnstalleerd, te vervangen.

152. Bijgevolg stel ik het Hof voor, de verwijzende rechter te antwoorden dat het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand niet vereist dat de lidstaten de bevoegde nationale

65 — Volgens deze bepaling kan „[i]edere partij [...] om zwaarwegende redenen een overeenkomst van onbepaalde duur opzeggen zonder inachtneming van een opzeggingstermijn. Er is sprake van een zwaarwegende reden wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval en op basis van een afweging van de belangen van beide partijen, van de partij die de overeenkomst opzegt, niet redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij de contractuele verhouding in stand houdt tot het verstrijken van de overeengekomen termijn of van een opzeggingstermijn".

rechter de bevoegdheid verlenen om bevelen op te leggen aan de partijen in het geding, wanneer hij vaststelt dat de transparantieverplichting in een procedure tot gunning van een dienstenconcessie niet is nagekomen. Het is een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elk van de lidstaten om in overeenstemming met de communautaire beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid de procesregels vast te stellen op grond waarvan de bevoegde nationale rechter de volle werking van het gemeenschapsrecht en de volledige uitvoering van de rechterlijke beslissing waarbij het bestaan wordt vastgesteld van de rechten die op grond van het gemeenschapsrecht zijn aangevoerd, kan verzekeren.

VI — Conclusie

153. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Landgericht Frankfurt am Main te beantwoorden als volgt:

„1) Wanneer in het kader van een procedure voor het gunnen van een dienstenconcessie de identiteit van de onderaannemer een wezenlijk element is waarop de aanbestedende dienst zich bij de toewijzing van de concessie heeft gebaseerd, vereist de transparantieverplichting dat de lidstaten een nieuwe aanbestedingsprocedure organiseren wanneer de concessiehouder de onderaannemer wenst te vervangen nog voordat de eerste prestaties zijn verricht en zonder dat hiertoe wettige redenen worden aangevoerd. Het staat aan de bevoegde nationale rechter om te beoordelen of de naam, de faam en de technische deskundigheid van de onderaannemer die Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH bij de indiening van haar offerte heeft voorgesteld een wezenlijk element vormden waarop de stad Frankfurt am Main zich bij het gunnen van de concessie aan deze onderneming heeft gebaseerd.

2) Een entiteit met gemengd kapitaal zoals Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, die is opgericht in het kader van een partnerschap met de stad Frankfurt am Main, is een ‚publiekrechtelijke instelling' in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001, wanneer vaststaat dat deze entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en dat haar directie en raad van bestuur nauw afhangen van het openbare lichaam.

Deze entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 92/50, zoals gewijzigd, voor zover zij zich bezighoudt met de inzameling en de verwerking van afval en stadsreiniging op het grondgebied van de stad. Om uit te maken of deze behoeften niet van industriële of commerciële aard zijn, dient de bevoegde nationale rechter de omstandigheden te beoordelen waaronder Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH haar activiteit uitoefent, en met name de concurrentievoorwaarden in deze sectoren.

Een dergelijke entiteit hangt nauw af van het openbare lichaam in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, van richtlijn 92/50, zoals gewijzigd, wanneer het beheer ervan en de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht door dit laatste worden gecontroleerd. Ter bepaling van de exacte mate waarin de stad Frankfurt am Main controle uitoefent over het beheer van Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, dient de bevoegde nationale rechter te beoordelen of de stad via haar vetorecht op de algemene vergadering of de samenstelling van deze ondernemingsorganen, actief controle kan uitoefenen over het beheer van deze entiteit en op dezelfde wijze invloed kan uitoefenen op haar besluiten tot het gunnen van dienstenconcessies.

3) Het gemeenschapsrecht vereist in zijn huidige stand niet dat de lidstaten de bevoegde nationale rechter de bevoegdheid verlenen om bevelen op te leggen aan de partijen in het geding, wanneer hij vaststelt dat de transparantieverplichting in een procedure tot gunning van een dienstenconcessie niet is nagekomen. Het is een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elk van de lidstaten om in overeenstemming met de communautaire beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid de procesregels vast te stellen op grond waarvan de bevoegde nationale rechter de volle werking van het gemeenschapsrecht en de volledige uitvoering van de rechterlijke beslissing waarbij het bestaan wordt vastgesteld van de rechten die op grond van het gemeenschapsrecht zijn aangevoerd, kan verzekeren."