FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT YVES BOT föredraget den 27 oktober 2009[1]

1. Landgericht Frankfurt am Main (Tyskland) vill genom förevarande begäran om förhandsavgörande få klarhet i omfattningen av skyldigheten att lämna insyn och vilka konsekvenserna blir vid underlåtenhet att fullgöra denna skyldighet i ett förfarande för tilldelning av en tjänstekoncession.

2. Begäran har framställts i ett mål mellan bolaget Wall AG[2] i Stadt Frankfurt am Main och bolaget Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], beträffande genomförandet av en koncession avseende drift, underhåll och service av offentliga toaletter i denna stad.

3. Domstolen ges i detta mål tillfälle att precisera på vilka villkor en upphandlande myndighet kan godkänna en ändring i ett kontrakt avseende tjänstekoncession, under dess genomförande, utan att innebörden av skyldigheten att lämna insyn åsidosätts.

4. Detta mål kommer vidare att ge domstolen möjlighet att precisera på vilka villkor iakttagandet av denna skyldighet krävs av en blandekonomisk enhet som bildats inom ramen för ett offentligt/privat partnerskap.

5. Slutligen kommer de frågor som Landgericht Frankfurt am Main har ställt att ge domstolen tillfälle att precisera villkoren för en domstolsprövning av beslut som antagits inom ramen för tjänstekoncessioner. Domstolen ska i synnerhet undersöka huruvida gemenskapsrätten, när den nationella behöriga domstolen konstaterar att skyldigheten att lämna insyn har åsidosatts i ett förfarande för tilldelning av en tjänstekoncession, kräver att medlemsstaterna erkänner en behörighet för den nationella domstolen att utfärda förelägganden till kontrahenterna.

1 — Originalspråk: franska.
2 — Nedan kallat sökanden.
3 — Nedan kallat FES.

I — Tillämpliga gemenskapsrättliga bestämmelser

A — *Primärrätten*

6. EG-fördraget begränsar inte medlemsstaternas frihet att ingå kontrakt avseende tjänstekoncession så länge villkoren för tilldelning av dessa är förenliga med de bestämmelser som syftar till att skapa en inre marknad och garantera att den fungerar väl.

7. Således ska tilldelningen av koncessioner, liksom varje statlig åtgärd om fastställande av villkoren för utövande av ekonomisk verksamhet, vara förenlig med fördragets principer på områdena för etableringsrätt (artikel 43 EG) och friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG) och vara underställd de bestämmelser som förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet (artikel 12 första stycket EG).

8. Tilldelningen av en koncession ska vidare vara förenlig med de principer som domstolen på grundval av dessa bestämmelser har slagit fast i sin rättspraxis, i synnerhet principerna om likabehandling och insyn, vilkas omfattning jag kommer att klargöra nedan. Denna rättspraxis avser visserligen främst tvister angående upphandlingskontrakt, men de principer som slagits fast i nämnda rättspraxis har en omfattning som går utöver området för nämnda kontrakt. Jag utgår från antagandet att dessa principer även är tillämpliga på andra situationer, och särskilt på koncessioner.

B — *Sekundärrätten*

9. På gemenskapsrättens nuvarande stadium omfattas inte kontrakt avseende tjänstekoncessioner av någon sekundärlagstiftning.[4] De bestämmelser som antagits genom direktiv på området för offentlig upphandling gör det emellertid möjligt att pröva vissa villkor för ingående av denna typ av kontrakt.

1. Lagstiftningen angående samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster

10. Begreppet upphandlande myndigheter definierades först i artikel 1 b i direktiv 92/50/

4 — För närvarande omfattar gemenskapens sekundärrätt endast bestämmelser som är tillämpliga på byggkoncessioner som ingåtts i de klassiska sektorerna.

EEG[5]. Detta direktiv ska i enlighet med dess åttonde skäl endast tillämpas på ”tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom”[6] och utesluter därmed tjänstekoncessioner från sitt tillämpningsområde. Direktiv 92/50 har till syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och vilka önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat.[7]

11. I artikel 1 b i detta direktiv definieras begreppet ”upphandlande myndigheter” på följande sätt:

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

Med organ som lyder under offentlig rätt avses varje organ som

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

och

— är en juridisk person,

och

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

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

6 — Enligt artikel 1 a i detta direktiv rör det sig om ”skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet”. I den mening som avses i nämnda direktiv omfattar ett offentligt tjänsteavtal en motprestation som betalas direkt av den upphandlande myndigheten till den som tillhandahåller tjänsten.

7 — Dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-939), punkterna 41–42 och där angiven rättspraxis.

...”

12. Begreppet tjänstekoncession definierades sedan i artikel 1.4 i direktiv 2004/18/EG[8] genom vilken samtliga bestämmelser om förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster konsolideras.[9]

13. Enligt nämnda bestämmelse är en tjänstekoncession ett ”kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.

14. I direktivet återges vidare i artikel 1.9 en definition av begreppet upphandlande myndigheter vilken motsvarar den definition av begreppet organ som lyder under offentlig rätt som ges i artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50.

2. Direktiv 89/665/EEG

15. Direktiv 89/665/EEG[10] ger en väsentligt större garanti i fråga om insyn och icke-diskriminering då det offentliga upphandlingsområdet öppnas för konkurrens, genom att medlemsstaterna åläggs en skyldighet att införa effektiva och snabba prövningsförfaranden i händelse av överträdelse av bestämmelserna i direktiven om offentlig upphandling.[11] I enlighet med artikel 1 i nämnda direktiv ska dessa förfaranden vara tillgängliga, på de villkor som medlemsstaterna själva anger, för varje person som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett särskilt kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.

8 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

9 — Direktiv 92/50, beträffande offentlig upphandling av tjänster, rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 (EGT L 13, 1977, s. 1), beträffande offentlig upphandling av varor, respektive rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 (EGT L 185, s. 5), beträffande offentlig upphandling av byggentreprenader, nedan sammantaget kallade direktiven om offentlig upphandling.

10 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt direktiv 92/50 (nedan kallat direktiv 89/665). Detta direktiv ändrades slutligen genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, s. 31).

11 — Artikel 1 i direktiv 89/665 avsåg endast förfaranden för offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, men direktiv 2007/66 utvidgar dess tillämpningsområde till offentlig upphandling av tjänster.

16. Mot bakgrund av att förfarandena för offentlig upphandling är korta, ska dessa förfaranden, enligt artikel 2 i direktiv 89/665, inte enbart tillåta en skyndsam behandling av de påstådda överträdelserna och vidtagandet av interimistiska åtgärder, utan även ogiltigförklaring av rättsstridiga beslut och ersättning till de personer som skadats. Denna bestämmelse har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut …

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

…

6. Verkan av att behörighet har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling ska regleras i nationell lag.

…”

17. Som jag har påpekat ändrades direktiv 89/665 genom direktiv 2007/66. Det sistnämnda direktivet syftar till att öka de nationella prövningsförfarandenas effektivitet och anger i vilka fall ett kontrakt som ingåtts genom åsidosättande av bestämmelserna angående förföranden för offentlig upphandling ska vara ogiltigt.

3. Direktiv 80/723/EEG

18. Artikel 2 i direktiv 80/723/EEG[12] har följande lydelse:

”I detta direktiv avses med

...

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

...

Ett dominerande inflytande ska anses föreligga, när de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt

a) äger majoriteten av företagets tecknade egenkapital,

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

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

II — De faktiska omständigheterna och förfarandet vid den nationella domstolen

19. De faktiska omständigheter som förefaller relevanta för mitt resonemang kan sammanfattas på följande sätt.

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

20. Det aktuella kontraktet i förevarande mål är ett kontrakt avseende tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18. Kontraktet ingicks mellan å enda sidan Stadt Frankfurt am Main som, i egenskap av lokal myndighet, anses vara en ”upphandlande myndighet” i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50 och å andra sidan bolaget FES. Kontraktet avser drift, service och städning av elva offentliga toaletter i Stadt Frankfurt am Main och omfattar renovering av två toaletter på stationerna Rödelheim och Galluswarte, vilket utgör tjänster i den mening som avses i artikel 8 i bilaga 1 A till nämnda direktiv.

21. Det aktuella kontraktet ingicks för en tidsperiod på sexton år. FES, som är huvudentreprenör, betalas inte av Stadt Frankfurt am Main, utan uppbär en avgift som betalas av användarna och innehar en exklusiv rätt att använda toaletternas väggar för reklamaffischering. Detta betalningssätt innebär att FES tar på sig risken för driften av den aktuella tjänsten.

22. Koncessionen tilldelades FES på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De av bolagen inlämnade anbuden, däribland dem som inkommit från FES och sökanden, bedömdes med hänsyn till ett flertal tilldelningskriterier som angavs i anbudsinfordran. Som framgår av beslutet om hänskjutande, övervägdes vart och ett av dessa kriterier och angavs i fallande skala efter den angelägenhetsgrad som de tillmättes av Stadt Frankfurt am Main.[13]

23. FES angav i sitt anbud sökanden som sin underentreprenör avseende reklamtjänsterna och tillhandahållandet av de toalettmoduler som krävdes för utförandet av tjänsterna. FES framhävde bland annat sökandens världsrenommé och tekniska expertis på dessa områden. Stadt Frankfurt am Main antog FES anbud.

24. Till följd av ingåendet av koncessionskontraktet den 20 och den 22 juli 2004 inbjöd FES såväl sökanden som intervenienten, Deutsche Städte Medien GmbH,[14] att lämna anbud den 5 januari 2005 för tillhandahållandet av

13 — I följande ordning: Begränsade pretentioner på reklamområdet (30 procent), relevansen av operatörens projekt (offentliga toaletter) (15 procent), sannolikheten att reklamprojektet genomförs (tio procent), projektets relevans på säkerhetsområdet (tio procent), de offentliga toaletternas användarvänlighet (tio procent), de offentliga toaletternas integration i stadsmiljön (fem procent), de offentliga toaletternas estetiska aspekt (fem procent) och de offentliga toaletternas påverkan på miljön (fem procent).

14 — Detta företag är inget annat än Ströer City-Marketing GmbH, dess huvudsakliga konkurrent vid tilldelningen av koncessionen (nedan kallat DSM).

reklamtjänster, och den 28 juli 2005 för tillhandahållandet av toalettmodulerna. Sökandens anbud antogs inte.

25. Med tillämpning av artikel 30 IV i koncessionskontraktet begärde FES att Stadt Frankfurt am Main skulle godkänna bytet av underleverantör. Den sistnämnda hade ingen invändning och angav i övrigt att de standarder som beskrevs i förfrågningsunderlaget skulle respekteras.

26. Vid den nationella domstolen har sökanden kritiserat Stadt Frankfurt am Main för att ha åsidosatt skyldigheten att lämna insyn genom att godkänna nämnda ändring, och därmed göra en väsentlig ändring i det koncessionskontrakt som ingåtts med FES.

III — Beslutet om hänskjutande

27. Landgericht Frankfurt am Main har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska likabehandlingsprincipen, som också kommer till uttryck i artiklarna 12 [EG], 43 [EG] och 49 [EG], och gemenskapsrättens förbud mot diskriminering på grund av nationalitet tolkas så, att de offentliga myndigheternas skyldighet att lämna insyn, som följer av dessa principer, genom att vid upphandling av tjänster lämna lämplig grad av insyn som gör att tjänsterna blir konkurrensutsatta och som gör det möjligt att pröva huruvida upphandlingsförfarandet har genomförts på ett opartiskt sätt[15], innebär att nationell rätt ska göra det möjligt för en sökande vars anbud inte har antagits att begära att ett föreläggande utfärdas i syfte att förebygga ett nära förestående åsidosättande av dessa skyldigheter och/eller få ett sådant åsidosättande att upphöra?

2) För det fall att fråga 1 besvaras nekande: Hör [ovannämnda] skyldighet att lämna insyn till gemenskapens sedvanerätt, i den meningen att den redan är stadigvarande och ständigt, genomgående och allmänt giltig och att berörda parter kan se den som en bindande norm?

3) Innebär den i fråga 1 nämnda skyldigheten att lämna insyn även vid en planerad

15 — Den hänskjutande domstolen har hänvisat till EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkterna 60–62, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkterna 17–22, av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkterna 46–50, av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkt 21, och av den 13 september 2007 i mål C-260/04, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-7083), punkt 24.

ändring i ett kontrakt avseende tjänstekoncession – inbegripet ett byte av en underentreprenör som angetts vid upphandlingen – en skyldighet att göra en ny upphandling med en lämplig grad av offentlighet, och vilka åtgärder bör i så fall vidtas vid en sådan ny upphandling?

eller upphandlande myndighet har en sådan skyldighet att lämna insyn om

— kontraktet avser sophämtning och vägrengöring och företaget har bildats av en lokal myndighet och företaget även är verksamt på den fria marknaden,

4) Ska de i fråga 1 nämnda principerna och skyldigheten att lämna insyn tolkas så, att de, vad gäller ett kontrakt avseende tjänstekoncession i vilket ändringar eller nya bestämmelser har införts och det konstateras att nämnda skyldighet härvid har åsidosatts, innebär en skyldighet att säga upp nämnda kontrakt?

— denna myndighet äger 51 procent av företaget men tre fjärdedels majoritet krävs för företagets beslut,

— myndigheten endast tillsätter en fjärdedel av övervakningsrådets medlemmar och

5) Ska de i fråga 1 nämnda principerna och skyldigheten att lämna insyn samt artikel 86.1 EG, eventuellt jämförda med artikel 2.1 b och 2.2 i insynsdirektivet 80/723/EEG och artikel 1.9 i samordningsdirektivet 2004/18/EG, tolkas så, att ett företag i egenskap av offentligt företag

— mer än hälften av företagets omsättning rör ömsesidiga avtal om sophämtning och vägrengöring inom myndighetens ansvarsområde, och denna verksamhet finansieras genom kommunala avgifter från medborgarna?”

28. Skriftliga och muntliga yttranden har inkommit från parterna i målet vid den nationella domstolen, men även från Europeiska gemenskapernas kommission, övervakningsmyndigheten vid Europeiska frihandelssammanslutningen (EFTA) och sex medlemsstater.[16]

IV — Föremålet för tolkningsfrågorna

29. Mitt studium av förevarande beslut om hänskjutande ska inledas med en prövning av den tredje och den femte tolkningsfrågan, angående omfattningen av skyldigheten att lämna insyn.

30. Genom sin tredje tolkningsfråga har den hänskjutande domstolen bett domstolen klargöra huruvida en sådan skyldighet innebär att den upphandlande myndigheten måste göra en ny anbudsinfordran när huvudentreprenören, till vilken koncessionen har tilldelats, för genomförandet av denna önskar använda sig av tjänster av en annan underentreprenör än den som angetts i anbudet. Den hänskjutande domstolen har vidare genom sin femte fråga önskat få klarhet i huruvida en sådan huvudentreprenör som FES, som är en blandekonomisk enhet, även kan kvalificeras som ”upphandlande myndighet” i den mening som avses i direktiv 92/50 och i egenskap därav ha skyldighet att lämna insyn.

31. Efter prövningen av dessa två första frågor ska jag behandla den första, den andra och den fjärde tolkningsfrågan, vilka i huvudsak avser villkoren för domstolsprövning av beslut som antagits inom ramen för tjänstekoncessioner.

32. De tre sistnämnda frågorna är relevanta för det fall den nationella domstolen anser att Stadt Frankfurt am Main och/eller FES har åsidosatt kravet på insyn i förfarandet genom att byta underentreprenör under den aktuella koncessionens löptid.

V — Bedömning

33. Innan undersökningen påbörjas är det enligt min mening viktigt att erinra om huvuddragen i rättspraxis angående skyldigheten att lämna insyn. Denna rättspraxis rör visserligen delvis offentlig upphandling, men

16 — Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Nederländerna, Republiken Österrike, Republiken Finland och slutligen Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland.

den har utarbetats utifrån fördragets principer och är således enligt min mening relevant för tillämpningen av gemenskapsrätten på tjänstekoncessioner.

A — *Huvuddragen i rättspraxis angående skyldigheten att lämna insyn*

34. Det följer av fast rättspraxis att skyldigheten att lämna insyn utgör ett konkret och specifikt uttryck för likabehandlingsprincipen.

35. Domstolen anser sedan länge att denna princip är en av de grundläggande principerna inom gemenskapsrätten,[17] vilken ska iakttas av medlemsstaterna när de handlar inom gemenskapsrättens tillämpningsområde. Nämnda princip innebär att lika situationer inte får behandlas olika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.[18] Den räknas bland de grundläggande rättigheter som domstolen ska säkerställa iakttagandet av.[19]

36. Då principen om likabehandling är en allmän gemenskapsrättslig princip, är medlemsstaterna bundna av denna när de genomför gemenskapsrättsliga bestämmelser. Således är de skyldiga att i den utsträckning det är möjligt tillämpa dessa bestämmelser på ett sådant sätt att de krav som följer av skyddet för de grundläggande rättigheterna i gemenskapens rättsordning inte åsidosätts.[20]

37. Domstolen fick tillfälle att närmare ange omfattningen av principen om likabehandling på området för offentliga upphandlingar i domen i målet kommissionen mot Danmark och i domen i målet kommissionen mot Belgien,[21] vilken rättspraxis sedan har överförts på tjänstekoncessioner.[22]

38. Syftet med principen om likabehandling av anbudsgivare är att främja en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en offentlig upphandling. Iakttagandet av denna princip måste möjliggöra att

17 — Dom av den 19 oktober 1977 i de förenade målen 117/76 och 16/77, Ruckdeschel m.fl. (REG 1977, s. 1753; svensk specialutgåva, s. 421), punkt 7.

18 — Se bland annat dom av den 25 november 1986 i de förenade målen 201/85 och 202/85, Klensch m.fl. (REG 1986, s. 3477; svensk specialutgåva, volym 8, s. 729), punkt 9, och av den 12 december 2002 i mål C-442/00, Rodríguez Caballero (REG 2002, s. I-11915), punkt 32 och där angiven rättspraxis.

19 — Domen i målet Rodríguez Cabello (ovan fotnot 18), punkt 32.

20 — Ibidem (punkt 30 och där angiven rättspraxis).

21 — Se dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-229), punkterna 37–39, respektive av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), särskilt punkterna 51–56. Se även dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (REG 2004, s. I-3801), punkt 108 och där angiven rättspraxis.

22 — Se domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 15), punkt 48.

en objektiv jämförelse av anbuden garanteras och ska göras i varje skede i förfarandet. Alla anbudsgivare ska oavsett nationalitet ha samma möjligheter när de utformar sina anbud.[23] Med andra ord, alla potentiella anbudsgivare ska känna till spelreglerna och dessa ska tillämpas på samma sätt för alla.

39. Enligt EG-domstolen innebär iakttagandet av principen om likabehandling av anbudsgivarna en avsaknad av diskriminering på grund av nationalitet och en skyldighet att lämna insyn som ska ge den koncessionsgivande offentliga myndigheten möjlighet att försäkra sig om att denna princip iakttas.[24]

40. Domstolen preciserade omfattningen av skyldigheten att lämna insyn i sina domar i de ovannämnda målen Telaustria och Telefonadress samt Parking Brixen. Enligt EG-domstolen är syftet med denna skyldighet huvudsakligen att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Nämnda skyldighet består i att garantera varje potentiell anbudsgivare att koncessionen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstekoncessionen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska. Den innebär även att samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska därigenom kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt. Vidare ska den upphandlande myndigheten kunna kontrollera om anbuden från de sistnämnda uppfyller upphandlingskriterierna.[25]

41. En analys av domstolens rättspraxis visar att det föreligger ett nära samband mellan skyldigheten att lämna insyn och principen om likabehandling. Den första principen syftar till att säkerställa den andra principens ändamålsenliga verkan genom att garantera villkoren för en sund konkurrens. Eftersom principen om likabehandling som sådan utgör en allmän gemenskapsrättslig princip, ska medlemsstaterna i samma utsträckning iaktta skyldigheten att lämna insyn, vilken utgör ett konkret och specifikt uttryck för förstnämnda princip.

23 — Se domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 21), punkterna 54–56. Domstolen konstaterade i sin dom i det målet att nämnda princip hindrar att en upphandlande enhet beaktar en ändring av de ursprungliga anbuden som gjorts av en enda anbudsgivare, eftersom denna anbudsgivare då har en fördel jämfört med sina konkurrenter.

24 — Se domen i målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (ovan fotnot 21), punkt 109 och där angiven rättspraxis, och i målet Parking Brixen (ovan fotnot 15), punkt 49 och där angiven rättspraxis.

25 — Domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 15), punkterna 61–62, och domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 15), punkt 111.

B — *Omfattningen av skyldigheten att lämna insyn*

1. Det materiella tillämpningsområdet för skyldigheten att lämna insyn

42. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje tolkningsfrågan i syfte att få klarhet i huruvida skyldigheten att lämna insyn innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att inleda ett nytt upphandlingsförfarande när huvudentreprenören, som tilldelats koncessionen, för genomförandet av denna inte längre önskar anlita den underentreprenör som angavs i anbudet.

43. För att besvara denna tolkningsfråga är det enligt min mening viktigt att undersöka på vilket sätt skyldigheten att lämna insyn ska tillämpas med hänsyn till den speciella karaktären hos tjänstekoncessioner. Dessa uppvisar nämligen till sitt syfte och förfarande stora skillnader i jämförelse med offentliga upphandlingar av tjänster.

44. Oavsett hur sofistikerad och komplex en offentlig upphandling är ska den i allmänhet anses som en offentlig myndighets köp av en tjänst och avse en enstaka punktinsats från ett företag. Tjänstekoncession är däremot ett sätt att delegera allmännyttiga tjänster, genom vilken myndigheten anförtror en tjänsteleverantör utanför myndigheten förvaltningen av en allmännyttig verksamhet och ansvaret för denna i förhållande till användarna för en längre period. Den upphandlande myndigheten upphör, oavsett om det är en lokal myndighet eller ett organ som lyder under offentlig rätt, att sköta tjänsten och överför ansvaret för organisationen av denna på koncessionären.[26] Koncessionären utför tjänsten på egen bekostnad och tar på sig de verksamhetsrisker som den medför samt erhåller ersättning i form av en avgift som användarna av tjänsten betalar.

45. Vid tillämpningen av gemenskapsrätten på denna typ av kontraktsenlig förvaltning av en allmännyttig tjänst måste vissa tvingande hänsyn beaktas.

46. Det är när kontraktet ingås nödvändigt att förena skyldigheten att lämna insyn med den betydande frihet som den upphandlande myndigheten har vid bedömningen av anbuden och vid bestämmandet av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet är det som ekonomiskt bäst, i global mening,

26 — Dom av den 26 april 1994 i mål C-272/91, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1409).

uppfyller de behov som den offentliga myndigheten uttrycker, med hänsyn till de kriterier som har beaktats och avvägningen mellan dessa. Den upphandlande myndigheten måste kunna välja den tjänsteleverantör som, genom sina referenser, kvalitén på sitt anbud, den kännedom som den har angående sektorn och det förtroende som den inger, förefaller ge denna den största garantin för ett fullgott utförande av tjänsten. Tjänstekoncessionens specificitet tillåter således ett val av tjänsteleverantör utifrån ett brett spektrum av kriterier, med betoning på kriteriet *intuitu personæ*. Denna valfrihet betyder inte för den sakens skull att tilldelningen av koncessionen måste ske godtyckligt och på ett diskriminerande sätt. För att förebygga korruption och säkerställa en bättre insyn i ekonomin och i offentliga förfaranden, har domstolen avgränsat denna frihet med stöd av de principer som styr offentliga upphandlingsförfaranden. Följaktligen kvarstår förhandlings- och beslutsfriheten, men den måste utövas med beaktande av en skyldighet om föregående offentliggörande och konkurrensutsättning vilket möjliggör ett öppet val av kandidaten och säkerställer en likabehandling av anbudsgivarna.[27]

47. Det är sedan, vid verkställandet av kontraktet nödvändigt att förena skyldigheten att lämna insyn med syftet med den offentliga tjänsten, vilket under vissa omständigheter kräver att kontraktet anpassas och ändras.

48. Som jag har angett sköter koncessionären organisationen av tjänsten och tar på sig de verksamhetsrisker som denna medför. Koncessionären måste, med hänsyn till tjänstekoncessionens komplexitet och varaktighet, ha ett tillräckligt handlingsutrymme för att anpassa sig till marknadsvillkoren och till de förändringar som kan inträffa i koncessionernas ekonomiska, tekniska eller juridiska miljöer. De oförutsägbara krav och incidenter vid utförandet som är oundvikliga i de långsiktiga investeringarna kräver således en stor flexibilitet och samarbetsanda hos parterna. Skälen för omförhandling av kontrakten är således många. Vissa kan emellertid vara en källa till missbruk om de leder till att kontraktets systematik kullkastas, vilket gör insynen i förfarandet och den föregående anbudsinfordran skenbar för anbudsgivarna. Det är således nödvändigt att bedöma huruvida den planerade ändringen utgör ett enkelt tillägg till kontraktet, motiverat av legitima skäl, eller om den slutligen leder fram till ingående av ett nytt kontrakt som, i enlighet med grundläggande gemenskapsrättsliga principer, ska vara föremål för en lämplig grad av insyn och ett nytt upphandlingsförfarande.

27 — Som Europaparlamentet har påpekat kan efterlevnaden av dessa bestämmelser ”vara ett effektivt instrument för att undvika olämpliga konkurrensbegränsningar, som samtidigt gör det möjligt för den offentliga sektorn att själv fastställa och kontrollera villkoren med avseende på kvalitet, tillgänglighet, sociala standarder och miljömässiga åtaganden” (Europaparlamentets resolution om grönboken om tjänster i allmänhetens intresse (P5_TA(2004)0018), punkt 32).

49. Domstolen fastställde i sin dom i målet kommissionen mot Frankrike[28] att ändringar av villkoren i ett upphandlingskontrakt under dess löptid utgör ett nytt upphandlingsförfarande om de ”uppvisar betydande skillnader i förhållande till [förhandlingar] som förts tidigare och om de följaktligen visar på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i [kontraktet]”[29].

50. Domstolen preciserade räckvidden av denna grund i sin dom i målet pressetext Nachrichtenagentur[30], genom att nämna fyra situationer i vilka denna typ av ändringar kan anses vara betydande.

51. Den första situationen är när ändringen innebär att det införs villkor i kontraktet som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort de möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.

52. Den andra situationen är när ändringen medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.

53. Den tredje situationen är när ändringen medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

54. Den fjärde situationen är slutligen när den medkontrahent som den upphandlande myndigheten först hade tilldelat kontraktet ersätts med en ny. En sådan ändring utgör en ändring av ett av de väsentliga villkoren i det offentliga kontraktet i fråga såvida inte, enligt domstolen, ”detta byte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom anlitande av underleverantörer”.

55. Det kontrakt avseende tjänstekoncession som har ingåtts mellan Stadt Frankfurt am Main och FES tillåter, som jag har påpekat ovan, i dess artikel 30 IV, byte av underleverantör under förutsättning att den upphandlande myndigheten samtycker till detta. I förevarande fall har detta förfarande respekterats.

56. Frågan i förevarande mål är således huruvida bytet av underleverantör, i den mening som avses i gemenskapens rättspraxis, trots existensen av denna klausul och iakttagandet av förfarandet i samband med densamma,

28 — Dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8377).

29 — Punkterna 44–46.

30 — Dom av den 19 juni 2008 i mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur (REG 2008, s. I-4401), punkterna 35–37 och 40.

utgör en ändring av ett av de väsentliga villkoren för den aktuella tjänstekoncessionen.

57. Denna bedömning är svår eftersom Stadt Frankfurt am Main själv har godkänt denna ändring genom att ange att de standarder som beskrevs i förfrågningsunderlaget skulle respekteras. Jag anser emellertid, mot bakgrund av de särskilda omständigheter under vilka denna ändring har gjorts, att den nationella domstolen måste säkerställa att den rättsakt genom vilken myndigheten i fråga har tillåtit denna ändring inte innebär ett åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivarna och den därpå grundade skyldigheten att lämna insyn.

58. Det är för denna undersökning viktigt att erinra om på vilka villkor anbudsgivaren kan anlita underleverantörer för hela eller delar av utförandet av det kontrakt som ingåtts med exploatören.

59. Mot bakgrund av hur komplexa kontrakt avseende koncession är och med hänsyn till deras löptid, kan koncessionären besluta att lämna hela eller en del av utförandet av det kontrakt som ingåtts med exploatören till en underleverantör. Valet av underleverantör anses vara en möjlighet som är förbehållen entreprenören. Denna valfrihet är ett utflöde av bestämmelsen enligt vilken anbudsgivaren behåller hela ansvaret för utförandet av koncessionen. Underleverantören är dessutom endast knuten till anbudsgivaren genom ett kontrakt som, eftersom det ingåtts mellan två enskilda parter, är civilrättsligt.

60. Anlitandet av en underleverantör måste emellertid, för att vara rättsenligt, godkännas av den upphandlande myndigheten antingen vid ingåendet av kontraktet eller under utförandet av detsamma. Det är vid detta tillfälle som den upphandlande myndigheten kontrollerar underleverantörens tekniska och ekonomiska kapacitet.[31]

61. När underleverantören anges vid lämnandet av anbudet är det tilldelningen av koncessionen som innebär samtycke till underleverantören. I allmänhet kan den upphandlande myndigheten vägra att samtycka till ett företag som underleverantör om detta exempelvis befinner sig i en skattemässig eller socialförsäkringsmässig situation som inte överensstämmer med gällande lagstiftning, eller om det inte har tillräcklig kapacitet för att utföra de uppgifter som det tilldelats på ett tillfredsställande sätt.

31 — Se dom av den 18 mars 2004 i mål C-314/01, Siemens och ARGE Telekom (REG 2004, s. I-2549), punkterna 45 och 46, avseende ett offentligt upphandlingsförfarande.

62. Anlitandet av underleverantör är inte begränsat till det som anges vid lämnandet av anbudet. Under verkställandet av kontraktet kan huvudentreprenören anlita andra underleverantörer eller byta underleverantör av legitima skäl avseende exempelvis den verkliga kvalitén på underleverantörens prestationer eller ekonomiska situation. På så sätt kan huvudentreprenören anpassa sina prestationer eller, i enlighet med bestämmelserna i underentreprenörskontraktet, göra sig av med ett företag som inte uppfyller förväntningarna.

63. När byte av underentreprenör föreskrivs i kontraktsvillkoren och den upphandlande myndigheten själv samtycker till denna ändring, är det i princip svårt att hävda att detta byte i sig skulle ändra ett väsentligt villkor i koncessionskontraktet och innebära krav på ett nytt upphandlingsförfarande.

64. Den upphandlande myndigheten anser nämligen, genom sitt samtycke, att underleverantörens identitet inte är väsentlig med hänsyn till föremålet för koncessionen och att de prestationer som anförtrotts huvudentreprenören ska utföras i enlighet med förfrågningsunderlaget, oberoende av denna ändring. En sådan situation kan uppkomma när det på den aktuella marknaden förekommer ett stort antal företag som erbjuder prestationer av motsvarande art och kvalitet.

65. När den upphandlande myndigheten föreskriver att vissa villkor för tilldelning av kontraktet kan justeras alltefter anbudsgivarens val och uttryckligen anger denna möjlighet till anpassning samt villkoren för tillämpning av denna i förfrågningsunderlaget, har dessutom alla intresserade företag som deltar i koncessionen kännedom om detta från början och befinner sig således i en jämlik situation när de formulerar sina anbud.

66. Denna ändring i koncessionskontraktet kan emellertid förefalla diskutabel i en sådan situation som den i det nationella målet.

67. Bytet av underleverantör sker utan legitimt skäl, efter ingåendet av kontraktet och före utförandet av de första prestationerna trots att anbudsgivaren har framhävt underleverantörens renommé och tekniska expertis vid lämnandet av anbudet.

68. Enligt min uppfattning innebär en sådan praxis, om den upphandlande myndigheten samtycker därtill, ett åsidosättande av

skyldigheten till insyn och principen om likabehandling av anbudsgivarna. Genom att handla på detta sätt undandrar den upphandlande myndigheten FES anbud, i ändrad lydelse, från en seriös och öppen undersökning av de olika sökandena, vilket kan ge företaget en omotiverad fördel för tilldelningen av kontraktet.

69. För det första är det inte uteslutet att Stadt Frankfurt am Main skulle ha föredragit ett annat anbud än FES ursprungliga anbud, om företaget, med avseende på underleveransen av reklamprestationerna, inte hade framhävt sökandens många kvalitéer, en ”duglig och erfaren partner”, en ”specialist på reklamområdet som är erfaren och verksam i hela världen”, vars ”produkter [är] moderna och estetiska”.[32]

70. Det framgår tydligt av beslutet om hänskjutande att det var den omständigheten att sökanden angetts som underleverantör som gjorde att FES tilldelades det aktuella koncessionsavtalet. Valet till FES fördel gjordes med hänsyn till dess anspråk på reklamområdet, då företaget med stöd av detta tilldelningskriterium erhöll 27,3 poäng, medan dess huvudkonkurrent, som är intervenient i förevarande mål, erhöll 20,1. När de gäller de övriga kriterierna gav Stadt Frankfurt am Main lika många poäng, om inte fler, till intervenienten. Det framgår följaktligen av de handlingar som jag har tillgång till att den omständigheten att sökanden angetts i FES globala anbud hade en avgörande betydelse för tilldelningen av koncessionen.

71. För det andra får FES handlande – då företaget, efter tilldelningen av koncessionen, fortsatte förhandlingarna beträffande underleveransen av reklamprestationerna och tillhandahållandet av toaletterna[33] för att slutligen eliminera sökanden utan legitimt skäl[34] – dess ursprungliga anbud, såsom Frankfurt am Main accepterat det, att framstå som ett fasadanbud vars allmänna systematik inte hade något annat syfte än att utestänga seriösa konkurrenter från att tilldelas koncessionen, men med en direkt uttryckt önskan om att sedan genomföra det på andra ekonomiska och tekniska villkor än dem som anges i anbudet och vilka var de enda som hade utsatts för konkurrens.

72. Följaktligen anser jag, mot bakgrund av samtliga dessa omständigheter, såsom de

32 — Beslutet om hänskjutande, sidorna 5 och 6.

33 — Medan koncessionsavtalet ingicks med Stadt Frankfurt am Main den 20 och den 22 juli 2004, inbjöd FES sökanden och intervenienten att lämna anbud för reklamprestationerna och för tillhandahållandet av toaletter den 5 januari respektive den 28 juli 2005. Det var i detta skede som sökanden eliminerades som underleverantör.

34 — Jag kan i detta hänseende inte finna något i handlingarna i målet som tyder på att FES kunde hänvisa till något legitimt skäl för att inte anlita de tjänster av underleverantören som det angett när anbudet lämnades. Som den hänskjutande domstolen har påpekat, är inte denna ändring begriplig, eftersom sökanden erbjöd FES en årlig ersättning som var betydligt större än intervenientens.

framkommer i beslutet om hänskjutande, att detta byte av underleverantör som ägde rum redan före utförandet av de första prestationerna, och utan att det motiverats av någon som helst teknisk eller ekonomisk svårighet, oundvikligen måste föregås av ett nytt upphandlingsförfarande. Stadt Frankfurt am Main har således, enligt min uppfattning, genom att godkänna ett sådant byte av underleverantör utan att ha uppfyllt de i gemenskapsrätten föreskrivna kraven på offentliggörande och konkurrensutsättning, åsidosatt skyldigheten att lämna insyn.

73. Även om offentliga medel förvisso inte används i samma utsträckning vid koncessioner som vid offentliga upphandlingar, måste förfarandet för upphandling av en tjänstekoncession garantera såväl de offentliga myndigheterna som användarna den bästa kvalitén på tjänsterna, och detta på grundval av en seriös och öppen bedömning av de olika sökandena, med iakttagande av principen om likabehandling av anbudsgivarna.

74. Om den hänskjutande domstolen, mot bakgrund av samtliga omständigheter i målet, bekräftar denna analys av de faktiska omständigheterna, anser jag att den bör vidta samtliga de åtgärder som ett sådant åsidosättande föranleder.

75. Följaktligen föreslår jag att domstolen ska svara den hänskjutande domstolen enligt följande. Skyldigheten att lämna insyn när en underleverantörs identitet i ett förfarande för upphandling av en tjänstekoncession var en avgörande omständighet för den upphandlande myndigheten vid tilldelningen av koncessionen, innebär en skyldighet för medlemsstaterna att organisera ett nytt upphandlingsförfarande när anbudsgivaren önskar byta underleverantör redan före utförandet av de första prestationerna och utan att ha angett några legitima skäl. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida underleverantörens namn, renommé och tekniska expertis som FES framhävde vid lämnandet av sitt anbud var en avgörande omständighet för Stadt Frankfurt am Main vid tilldelningen av koncessionen till detta företag.

2. Den personkrets som omfattas av skyldigheten att lämna insyn

76. Genom sin femte tolkningsfråga har den hänskjutande domstolen önskat få klarhet i huruvida ett sådant företag som FES, med hänsyn till dess egenskaper enligt beslutet om hänskjutande, ska anses vara en ”upphandlande myndighet” i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50 eller som ett ”offentligt företag” i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 80/723, vilket som sådant skulle omfattas av skyldigheten att lämna insyn under förfarandet för upphandling av en tjänstekoncession.

77. Den hänskjutande domstolen har hänvisat till ovannämnda direktiv, eftersom det inte, när det gäller tjänstekoncessioner, i någon annan sekundärrättslig text närmare har angetts vilka enheter som är underställda skyldigheten att lämna insyn.

78. Jag anser inte att avsaknaden av sådan lagstiftning är skadlig, eftersom de principer som har uppställts med hänsyn härtill inom ramen för offentliga upphandlingar enligt min uppfattning kan överföras på tjänstekoncessioner.

79. Det är enligt min uppfattning viktigt att anta en enhetlig definition av begreppet upphandlande myndighet, eftersom detta begrepp anses omfatta samtliga de offentliga organ som kan anförtro utförandet av ekonomiska tjänster till tredje man, och detta oavsett vilken typ av avtal som ingåtts, oberoende av huruvida detta sker inom området för offentlig upphandling eller inom området för offentliga tjänstekoncessioner. Det är i detta hänseende intressant att erinra om att tillämpningsområdet för direktiv 92/50 är avgränsat inte enbart utifrån vilken typ av transaktion som avses, utan utifrån den status den som erbjuder den har, eftersom alla upphandlingar av en upphandlande myndighet måste tilldelas i enlighet med de principer som fastställs i detta direktiv.

80. Hänvisningen till begreppet ”offentligt företag” i artikel 2 i direktiv 80/723 avseende, vilket ska påpekas, insynen i ekonomiska relationer mellan medlemsstaterna och de offentliga företagen, är enligt min uppfattning mycket mindre relevant. Den nationella domstolen kan emellertid, mot bakgrund av de omständigheter som jag ska ange inom ramen för undersökningen av begreppet organ som lyder under offentlig rätt, för det fall den anser det nödvändigt, bedöma huruvida ett sådant företag som FES kan kvalificeras som ”offentligt företag”.[35]

a) Begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt” i den mening som avses i direktiv 92/50

81. Innan jag erinrar om de olika villkor som avses i direktiv 92/50 för att en enhet ska kvalificeras som ”upphandlande myndighet”, är det intressant att inledningsvis påpeka att FES är ett blandekonomiskt företag som bildats inom ramen för ett offentligt/privat partnerskap.[36] Stadt Frankfurt am Main innehar 51 procent av andelarna i detta företag.

35 — De villkor som anges i artikel 2 i direktiv 80/723 för att en enhet ska kvalificeras som ”offentligt företag” sammanfaller med dem som avses i artikel 1 i direktiv 92/50 för att en enhet ska kvalificeras som ”upphandlande myndighet”.

36 — Se i detta hänseende företagets webbplats: www.fes-frankfurt.de/profil (rubrikerna ”profil” och ”chronik”).

82. Detta mål ger således domstolen tillfälle att precisera huruvida en sådan enhet kan utgöra ett ”organ som lyder under offentlig rätt” i den mening som avses i direktiv 92/50, vilket som sådant skulle omfattas av fördragets grundläggande principer.

83. Innan denna undersökning påbörjas är det nödvändigt att precisera vad begreppet offentligt/privat partnerskap avser.

84. Detta partnerskap är en mekanism som förenar ett offentligt kapital – normalt sett majoritetskapital – med ett privat minoritetskapital i en juridisk struktur som i princip lyder under gemensamma handelsrättsliga bestämmelser. Dessa offentliga och privata partner etablerar såtillvida en blandekonomisk enhet, ibland i form av ett blandekonomiskt bolag, som kan utföra offentliga kontrakt eller inom ramen för en koncession utföra en lokal offentlig tjänst. Som kommissionen nyligen påpekade i ett meddelande,[37] kännetecknas denna form av oftast långsiktigt samarbete av den roll som spelas av den privata partnern, som medverkar i det ifrågavarande projektets olika steg (utformning, genomförande och drift), tar på sig de risker som vanligtvis belastar den offentliga sektorn och ofta bidrar till finansieringen av projekten.[38]

85. Faktum kvarstår dock att denna blandekonomiska enhet inte utgör en offentlig tjänst i den mening som avses i domstolens rättspraxis. När den upphandlande myndigheten tilldelar denna typ av enhet ett offentligt kontrakt eller en koncession, måste den beakta alla de bestämmelser som är tillämpliga på offentliga kontrakt och på koncessioner, oavsett om dessa följer av fördraget eller sekundärrätten.[39]

86. Jag ska nu undersöka de olika villkoren i artikel 1 b i direktiv 92/50 för att en enhet ska kunna kvalificeras som ”organ som lyder under offentlig rätt”.

87. Enligt lydelsen i artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 ska ett organ som lyder under offentlig rätt vara en juridisk person, ha tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte vara av industriell eller kommersiell karaktär samt ska till större delen finansieras av staten eller regionala eller

37 — Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentligt/privata partnerskap (IOPP) av den 5 februari 2008 (C(2007)6661).

38 — Sidan 2.

39 — Domstolen har sedan sin dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), angående tilldelning av ett offentligt kontrakt till ett blandekonomiskt bolag, ansett att när ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluts att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet (punkt 49). Se även domen i målet ANAV (ovan fotnot 15), punkterna 30–32 och där angiven rättspraxis.

lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

88. Som framgår av domstolens fasta rättspraxis är dessa tre villkor kumulativa såtillvida att om ett av dem inte är uppfyllt kan inte ett organ kvalificeras som ”organ som lyder under offentlig rätt” och följaktligen som ”upphandlande myndighet” i den mening som avses i direktiv 92/50. [40]

89. Domstolen har vidare, med hänsyn till det syfte som eftersträvas med direktiven på området för offentliga upphandlingsförfaranden, slagit fast att begreppet organ som lyder under offentlig rätt ska tolkas funktionellt. [41]

b) Undersökning av de olika beståndsdelarna i begreppet organ som lyder under offentlig rätt

90. I förevarande fall har det inte bestritts att FES är en juridisk person. Frågorna gäller de två återstående kraven i direktiv 92/50.

i) FES uppgift att särskilt tillgodose behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär

91. Det är för det första ostridigt att FES bildades särskilt för att tillgodose behov i det allmännas intresse, [42] då det alltsedan det bildades sköter behandling och bortskaffande av avfall samt stadsrengöring i Stadt Frankfurt am Main. [43] Denna verksamhet är onekligen av allmänt intresse. Som domstolen slog fast i sin dom i målet BFI Holding, [44] omfattas dessa behov av dem som inte kan uppfyllas fullständigt av privata företag i den mån de anses nödvändiga av folkhälso- och miljöskyddsskäl, vilket är ett skäl till att staten avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på dessa. [45]

92. Det är nu viktigt att kontrollera huruvida sådana behov i det allmännas intresse är av

40 — Se dom av den 11 juni 2009 i mål C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (REG 2009, s. I-4779), punkt 48 och där angiven rättspraxis.

41 — Dom av den 10 april 2008 i mål C-393/06, Ing. Aigner (REG 2008, s. I-2339), punkt 37 och där angiven rättspraxis.

42 — Enligt fast rättspraxis måste det vara frågan om behov som statliga, regionala eller lokala myndigheter, av skäl som har samband med det allmännas intresse, i regel väljer att själva tillgodose eller som de avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på (domen i målet Aigner (ovan fotnot 41), punkt 40 och där angiven rättspraxis). Domstolen har slagit fast att detta är fallet med framställning av officiella trycksaker såsom pass, körkort eller identitetskort (dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), värnande om nationella skogsområden (dom av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland (REG 1998, s. I-8565), driften av ett universitet (dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, Cambridge (REG 2000, s. I-8035) och tillhandahållande av offentliga telekommunikationstjänster (domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 15).

43 — Domstolen fastställde i sin dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universal-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), att organet inte nödvändigtvis måste ha anförtrotts detta uppdrag ursprungligen.

44 — Dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821).

45 — Punkterna 51–53.

industriell eller kommersiell karaktär. Denna fråga är dock besvärligare att besvara.

93. Det finns en omfattande rättspraxis avseende på vilket sätt existensen av dessa behov ska behandlas.[46] Enligt domstolen ska hänsyn tas till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid inrättandet av det berörda organet och de villkor på vilka organet bedriver sin verksamhet. I detta hänseende ska det bland annat kontrolleras huruvida det aktuella organets verksamhet är utsatt för konkurrens.[47] Domstolen undersöker i detta syfte konkurrenssituationen på marknaden för de produkter och tjänster för vilka nämnda organ har skapats. Existensen av konkurrens kan utgöra ett indicium på att ett behov i det allmännas intresse är av industriell eller kommersiell karaktär, men detta indicium är inte tillräckligt.[48] Det är även nödvändigt att undersöka huruvida organet har ett vinstsyfte, huruvida det står risken för den verksamhet som utövas samt huruvida den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering.[49]

46 — Jag syftar främst på domen av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior (REG 2001, s. I-3605), av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley (REG 2003, s. I-1931), av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, Korhonen m.fl. (REG 2003, s. I-5321), och i de ovannämnda målen BFI Holding (ovan fotnot 44), Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (ovan fotnot 42) och Ing. Aigner (ovan fotnot 41).

47 — Domen i målet Ing. Aigner (ovan fotnot 41), punkt 41 och där angiven rättspraxis.

48 — Domstolen fastställde i domen i målet Adolf Truley (ovan fotnot 46) att förekomsten av en utvecklad konkurrens inte i sig gör det möjligt att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär (punkt 61).

49 — Domen i målet Korhonen m.fl. (ovan fotnot 46), punkterna 55–59.

94. De uppgifter som framgår av handlingarna i målet räcker inte för att göra en korrekt bedömning av dessa omständigheter. Det ankommer på den hänskjutande domstolen, som ensam har en fördjupad kännedom om omständigheterna i målet att undersöka dessa. Jag ska emellertid ange några relevanta uppgifter.

95. När det gäller de omständigheter som föregick bildandet av detta organ, är det enligt min uppfattning viktigt att beakta särdragen för marknaden för bortskaffande och behandling av avfall som är en av de verksamheter för vilken FES bildades.

96. Det har skett ett betydelsefullt uppsving för marknaden för bortskaffande och behandling av avfall, särskilt med skärpningen av reglerna för förvaltningen, återvinningen av avfallet och förebyggandet av skador på miljön. Denna skärpning har fått till direkt följd att kostnaderna för bortskaffandet och behandlingen av avfallet har ökat, medan verksamheten blivit mer komplex och mer teknisk. Majoriteten av de lokala myndigheterna har på grund av dessa krav valt att delegera denna verksamhet till specialiserade företag som till fullo har kunnat utnyttja utvecklingen på denna marknad.

97. Dessa uppgifter antyder att enheten således inte bildades i vinstsyfte. Nämnda verksamhet genererar i realiteten stora vinster, men dessa vinster utgör i alla fall inte huvudsyftet med bildandet av FES. Nämnda uppgifter gäller *a fortiori* för stadsrengöring, vilken verksamhet är mindre lönsam än verksamheterna för bortskaffande och behandling av avfall.

98. När det gäller de villkor under vilka FES utövar sin verksamhet, och särskilt konkurrenssituationen i sektorerna bortskaffande och behandling av avfall samt stadsrengöring, ska den hänskjutande domstolen undersöka huruvida FES verkar på en konkurrensutsatt marknad på vilken verkliga konkurrenter agerar eller om detta företag tvärtom innehar ett näst intill faktiskt monopol genom exempelvis dess ställning som ”historisk operatör”[50] eller förekomsten av hinder för inträde på marknaden. Avsaknaden av verklig konkurrens är inte något tvingande villkor för kvalifikationen av FES som organ som lyder under offentlig rätt, men den skulle kunna vara ett indicium till stöd för den omständigheten att FES bidrar till att uppfylla ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

99. Vidare är inte den omständigheten att FES utöver sitt allmännyttiga uppdrag utövar annan lukrativ verksamhet relevant för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen. Domstolen anser nämligen att definitionen av huruvida ett organ lyder under offentlig rätt inte beror på hur stor del av det berörda organets verksamhet som består av att uppfylla allmännyttiga behov av annan karaktär än industriell eller kommersiell. Om företaget fortfarande ansvarar för dessa behov, anser inte domstolen att det är relevant att företaget bedriver annan lukrativ verksamhet, oavsett hur stor del av företagets globala omsättning som denna verksamhet motsvarar.[51]

100. För övrigt skiljer sig FES, juridiskt sett, föga från ett aktiebolag som innehas av privata operatörer, eftersom det ansvarar för de ekonomiska riskerna i samband med sin verksamhet och även kan gå i konkurs, men det framgår av beslutet om hänskjutande att Stadt Frankfurt am Main inte skulle tillåta att en sådan situation uppstår. Det ska dessutom påpekas att denna myndighet tar ut en kommunal skatt av de berörda för att finansiera de betalningar som gjorts till FES för sophämtning och vägrengöring.

50 — Det ska preciseras att FES, enligt företagets webbplats, har sitt ursprung i den kommunala myndigheten för bortskaffande av avfall och stadsrengöring.

51 — Domen i målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (ovan fotnot 42), punkterna 25, 26 och 31, i målet BFI Holding (ovan fotnot 44), punkterna 55 och 56, samt i målet Ing. Aigner (ovan fotnot 41), punkt 47 och där angiven rättspraxis.

101. Mot bakgrund av dessa omständigheter är jag således böjd att anse att FES tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

102. Det ankommer emellertid, i syfte att fastställa exakt vilken typ av behov som detta företag ansvarar för, på den hänskjutande domstolen, vilken ensam innehar relevanta upplysningar, att bedöma på vilka villkor FES utövar sin verksamhet och, i synnerhet, konkurrenssituationen inom de sektorer för vilka detta företag har bildats.

ii) Villkoret avseende organets nära anknytning till staten, till en lokal myndighet eller till andra organ som lyder under offentlig rätt

103. Det ska erinras om att detta villkor, i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 92/50, avser nedanstående tre alternativa kriterier:

— Verksamheten finansieras till större delen av staten eller av lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt,

— förvaltningen granskas av sådana organ, eller

— förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan består av ledamöter av vilka mer än hälften utses av staten, lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt.

104. Det är ostridigt att Stadt Frankfurt am Main innehar 51 procent av kapitalet i FES, det vill säga majoriteten av detta. Detta innehav kan visserligen antyda att den lokala myndigheten har ett dominerande inflytande på företaget, men det är inte uppenbart att detta inflytande framkommer i företagets funktions- och förvaltningsvillkor.

105. Jag ska inledningsvis undersöka detta företags förvaltning, eftersom Stadt Frankfurt am Main har en vetorätt vid bolagsstämman, vilken enligt de bestämmelser enligt vilka denna utövas, kan ge den lokala myndigheten en faktisk kontroll över företagets förvaltning.

— Kriteriet angående det berörda organets administrativa tillsyn

106. Enligt fast rättspraxis gäller detta kriterium det fall då ett organ är knutet till offentliga myndigheter, vilket motsvarar den anknytning som finns när ett av de två andra alternativa villkoren är uppfyllt. Denna anknytning måste göra det möjligt för de offentliga myndigheterna att påverka nämnda organs beslut vad gäller offentliga upphandlingar[52] eller, analogt, vad gäller koncessioner.

107. Domen i det ovannämnda målet Adolf Truley illustrerar de fall i vilka domstolen anser att detta kriterium är uppfyllt. I det målet hade en lokal myndighets tillsynsmyndighet behörighet att granska inte bara det berörda organets balansräkning utan även den löpande förvaltningen i syfte att kontrollera sifferuppgifternas riktighet och att verksamheten bedrevs på ett korrekt, ekonomiskt, lönsamt och ändamålsenligt sätt. Denna myndighet hade vidare rätt att besöka organets lokaler och anläggningar och att rapportera resultatet av dessa kontroller till de berörda organen och till aktieägarna i bolaget och till den regionala eller lokala myndigheten. Sådana rättigheter möjliggör således enligt domstolen en aktiv tillsyn över förvaltningen av nämnda organ.

108. Den hänskjutande domstolen måste i förevarande mål beakta alla de faktiska och rättsliga omständigheter som skulle kunna göra det möjligt för Stadt Frankfurt am Main att utöva ett avgörande inflytande på FES:s verksamhet. Jag anser att den bör intressera sig för villkoren enligt vilka denna myndighet vid den allmänna bolagsstämman i detta företag utövar den vetorätt som är knuten till dess aktiemajoritet. Den hänskjutande domstolen ska i detta hänseende undersöka betydelsen av denna rätt genom att beakta de beslut på vilka den kan tillämpas och genom att undersöka eventuella villkor om begränsningar av dess användning.

109. Myndigheten kan visserligen inte framtvinga beslut,[53] men kan icke desto mindre ensam utöva kontroll över FES, om den kan motsätta sig företagets strategiska beslut angående dess affärspolitik, tillsättning av ledning, budget eller företagsplan. Om den hänskjutande domstolen visar att Stadt Frankfurt am Main genom att utöva sin vetorätt kan motsätta sig beslut som är avgörande för FES affärsstrategi och blockera företagets beslutsprocess, ska det anses att Stadt Frankfurt am Main har ett avgörande inflytande på förvaltningen av FES och följaktligen den faktiska kontrollen.

52 — Se domen i målet Adolf Truley (ovan fotnot 46), punkt 69 och där angiven rättspraxis.

53 — Det ska påpekas att FES bolagsstämma endast kan anta beslut med tre fjärdedelars majoritet. Om Stadt Frankfurt am Main innehar 51 procent av kapitalet i detta företag är detta innehav alltså inte tillräckligt för att denna myndighet själv ska kunna anta beslut vid denna bolagsstämma.

110. Under dessa omständigheter ankommer det på den hänskjutande domstolen att, i syfte att fastställa exakt i vilken utsträckning FES förvaltning kontrolleras av Stadt Frankfurt am Main, bedöma huruvida den offentliga myndigheten kan utöva ett avgörande inflytande över företagets förvaltning genom den vetorätt som den åtnjuter i egenskap av majoritetsaktieägare.

111. För det fall den hänskjutande domstolen skulle anse att denna vetorätt inte tillåter Stadt Frankfurt am Main att kontrollera företagets förvaltning, ankommer det på nämnda domstol att undersöka de övriga två kriterierna.

— Kriteriet angående finansiering till större delen av den lokala myndigheten

112. Domstolen preciserade tillämpningsområdet för detta villkor i sin dom i det ovannämnda målet University of Cambridge. Enligt domstolen kan endast sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild motprestation finansierar eller stöder det berörda organets verksamhet anses som ”offentlig finansiering”. De belopp som betalas av en upphandlande myndighet som motprestation för avtalsenliga åtaganden ingår dock inte i denna kategori.[54]

113. Domstolen har även påpekat att uttrycket ”till större delen” måste tolkas så att det avser ”mer än hälften” och att bedömningen av denna procentandel av offentlig finansiering måste avse alla intäkter som det aktuella organet uppbär, inbegripet dem som följer av en kommersiell verksamhet, och att beräkningen måste göras på årsbasis.

114. I förevarande fall framgår det av beslutet om hänskjutande att mer än hälften av FES årliga omsättning härrör från ömsesidigt förpliktande avtal som ingåtts med Stadt Frankfurt am Main för bortskaffande och behandling av avfall samt för stadsrengöring. De belopp som denna myndighet betalar utgör således motprestation för de avtalsenliga förpliktelser som FES , och nämnda myndighet har naturligtvis ett ekonomiskt intresse av att dessa uppfylls. En sådan avtalsrelation kan förvisso även resultera i att FES blir beroende av myndigheten, men detta beroende är av en annan art än det som följer av en ren

54 — Punkterna 21 och 24. I det målet avsåg den offentliga finansieringen studiestöd till studenter och subventioner som betalats för att främja universitetets forskningsarbete, och inte betalningar av staten, gjorda som motprestation för tjänster som utförts av universitetet.

stödåtgärd och ska jämställas med det beroende som existerar i normala kommersiella relationer.[55]

115. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag inte att de betalningar som Stadt Frankfurt am Main gjort till FES utgör en offentlig finansiering i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis.

— Kriteriet angående sammansättningen av förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan

116. I beslutet om hänskjutande preciseras inte sammansättningen av styrelsen och ledningen eller villkoren för tillsättning av ledamöter i dessa. Det anges endast däri att Stadt Frankfurt utser en fjärdedel av medlemmarna i övervakningsrådet samt ordföranden i detta, vilken har en utslagsröst i händelse av röstjämvikt.[56] Detta är följaktligen inte tillräckligt för att kunna uppfylla detta kriterium.

117. Mot bakgrund av samtliga dessa omständigheter anser jag att en sådan blandekonomisk enhet som FES, bildad inom ramen för ett partnerskap med Stadt Frankfurt am Main, utgör ett ”organ som lyder under offentlig rätt” i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50, när det kan visas dels att denna enhet uppfyller behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels att dess förvaltning och ledning har nära anknytning till den offentliga myndigheten.

118. Nämnda enhet tillgodoser allmännyttiga behov i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 92/50 när det ansvarar för bortskaffande och behandling av avfall samt stadsrengöring inom den offentliga myndighetens

55 — Domen i målet University of Cambridge (ovan fotnot 42), punkt 25.

56 — Detta råd har som namnet antyder till uppdrag att kontrollera och övervaka bolagets förvaltning. Övervakningsrådet utför mycket ofta en lämplighets- och laglighetsprövning, bland annat genom att utföra de kontroller som det anser nödvändiga eller genom att vid bolagsstämman framföra sina observationer angående bolagets balansräkning. Det kan även ha särskilda befogenheter som tillåter det att exempelvis utse medlemmar i styrelsen eller dess ordförande, eller godkänna överlåtelse av andelar. Övervakningsrådets ordförande har i allmänhet två typer av funktioner vilka i allmänhet är kallelse till rådet och övervakning av överläggningarna. Övervakningsrådets roll och funktioner preciseras i lag och kodifieras i bolagets bolagsordning, vilken jag inte har tillgång till (se Cozian, M., Viandier, A., och Deboissy, F., Droit des sociétés, 17:e upplagan, Litec, Paris, 2004, s. 286 och 287).

territorium. Det ankommer på den behöriga nationella domstolen att, i syfte att bedöma huruvida dessa behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär, bedöma på vilka villkor FES utövar sin verksamhet och, särskilt, konkurrenssituationen inom dessa sektorer.

119. En sådan enhet har nära anknytning till den offentliga myndigheten i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 92/50, i ändrad lydelse, när dess förvaltning och dess lednings-, administrations- eller övervakningsorgan kontrolleras av den sistnämnda. I syfte att fastställa exakt i vilken utsträckning FES förvaltning kontrolleras av Stadt Frankfurt am Main, ankommer det på den nationella domstolen att bedöma huruvida den offentliga myndigheten, genom den vetorätt som den har vid bolagsstämman eller genom nämnda företagsorgans sammansättning, kan säkerställa en aktiv kontroll av denna enhets förvaltning och på samma sätt påverka dess beslut på området för upphandling av tjänstekoncessioner.

C — *Den nationella domstolens behörighet att utfärda förelägganden vid åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn*

120. Landgericht Frankfurt am Main har ställt den första och den fjärde tolkningsfrågan i syfte att få klarhet i villkoren för domstolsprövning av de beslut som har antagits inom ramen för tjänstekoncessioner. Den hänskjutande domstolen har särskilt frågat huruvida gemenskapsrätten, under sådana omständigheter som dem i det nationella målet, kräver att medlemsstaterna ger de nationella domstolarna behörighet att utfärda förelägganden mot sådana parter som har ingått kontrakt utan att iaktta skyldigheten att lämna insyn.

121. I förevarande mål har sökanden inte bestritt det beslut genom vilket Stadt Frankfurt am Main tilldelade FES tjänstekoncessionen. Den har dock bestritt det beslut genom vilket myndigheten, på grundval av artikel 30 IV i koncessionskontraktet, godkände bytet av underleverantör under utförandet av detta kontrakt. Enligt sökanden har Stadt Frankfurt am Main, genom att agera på detta sätt, åsidosatt skyldigheten att lämna insyn genom att göra en betydande ändring i nämnda kontrakt utan att ha uppfyllt gemenskapsrättens krav på offentliggörande och konkurrensutsättning.

122. Denna tvist avser således inte upprättandet av koncessionskontraktet utan utförandet av detta. Sökanden har genom sitt handlande begärt att den nationella domstolen, i syfte att förebygga ett nytt åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn, ska ålägga myndigheten att inte godkänna ett byte av underleverantör när det gäller tillhandahållande och underhåll

av offentliga toaletter som ska installeras på stationerna Kornmarkt, Galluswarte och Rödelheim. I syfte att reglera villkoren för tjänstekoncessionens utförande har sökanden även yrkat att den nationella domstolen ska ålägga myndigheten och i förekommande fall FES att säga upp kontrakt som ingåtts under åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn.

123. För att kunna besvara den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor är det nödvändigt att erinra om på vilka villkor den nationella domstolen är skyldig att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten.

1. Inledande anmärkningar

124. Gemenskapsrätten reglerar inte, på sitt nuvarande stadium, på vilket sätt medlemsstaterna ska säkerställa verkställande av domstolsbeslut och vidta sanktionsåtgärder mot överträdelser av skyldigheten att lämna insyn som begåtts inom ramen för utförandet av en tjänstekoncession. Det är, i syfte att bedöma i vilken utsträckning medlemsstaterna är skyldiga att ge sina nationella domstolar behörighet att utfärda förelägganden, nödvändigt att hänvisa till de principer på vilka gemenskapens rättsordning grundar sig, och särskilt till principen om gemenskapsrättens företräde och principen om medlemsstaternas processuella autonomi.

125. Principen om gemenskapens företräde innebär en skyldighet för medlemsstaterna att ålägga effektiva sanktionsåtgärder vid åsidosättande av kravet på insyn i ett förfarande för tilldelning av en tjänstekoncession.

126. Det ska erinras om att skyldigheten att lämna insyn utgör ett konkret och specifikt uttryck för en allmän rättsprincip som är tvingande för medlemsstaterna när de handlar inom ramen för gemenskapsrättens tillämpningsområde. En sådan skyldighet medför för enskilda rättigheter som måste åtnjuta ett effektivt domstolsskydd från de nationella domstolarnas sida. De sistnämnda måste följaktligen ha möjlighet att garantera att dess domar verkställs fullt ut och måste kunna vidta sanktionsåtgärder som är effektiva, proportionerliga och avskräckande i syfte att säkerställa gemenskapsrättens effektivitet.

127. Detta är min utgångspunkt.

128. Jag anser dock att det, i avsaknad av gemenskapsrättsliga bestämmelser, är förenligt med principen om medlemsstaternas processuella autonomi att låta de sistnämnda fastställa den behörighet som den nationella domstolen måste ha för att säkerställa verkställandet av sina domar och sanktionera åsidosättanden av skyldigheten att lämna insyn vid tilldelning av ett tjänsteavtal. En sådan hänvisning till medlemsstaternas nationella processrättsliga regler, vilka naturligtvis måste vara förenliga med likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen, förefaller överensstämma bättre med domstolens fasta rättspraxis, i vilken medlemsstaternas processuella autonomi respekteras.

129. Av denna rättspraxis följer att i avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter på området ska det i varje medlemsstats rättsordning anges vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden för att väcka talan som är avsedda att tillvarata sådana rättigheter för enskilda som följer av gemenskapsrätten. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen).[57]

57 — Dom av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact (REG 2008, s. I-2483), punkterna 44 och 46–48 samt där angiven rättspraxis.

130. Det är mot bakgrund av dessa överväganden som den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor bör besvaras.

2. Bedömning

131. Den hänskjutande domstolen har ställt den första, den andra och den fjärde frågan till domstolen i syfte att få klarhet i huruvida skyldigheten att lämna insyn ska tolkas så, att medlemsstaterna är skyldiga att ge den nationella domstolen behörighet att utfärda förelägganden mot parterna i en tvist, i syfte att säkerställa att skyldigheten iakttas. Den hänskjutande domstolen har även frågat domstolen om den nationella domstolen är skyldig att ålägga parterna att säga upp kontrakt som ingåtts under åsidosättande av nämnda skyldighet.[58]

58 — Denna fjärde tolkningsfråga är formulerad på ett sådant sätt att det inte framgår huruvida det kontrakt som den hänskjutande domstolen avser är koncessionskontraktet mellan Stadt Frankfurt am Main och FES eller underleveranskontraktet som ingåtts senare mellan koncessionären och DSM. Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att sökanden inte har angripit det beslut genom vilket Stadt Frankfurt am Main tilldelade FES koncessionen. Sökanden har alltså inte begärt att det koncessionskontrakt som ingåtts med detta sistnämnda företag ska sägas upp. Sökanden har däremot angripit det beslut genom vilket Stadt Frankfurt am Main på grundval av artikel 30 IV i koncessionskontraktet har godkänt bytet av underleverantör. Sökanden har genom sin talan vid den nationella domstolen i huvudsak önskat att underleveranskontraktet mellan FES och DSM ska lämnas utan verkan. Vad gäller den hänskjutande domstolen har denna i sitt beslut om hänskjutande gjort gällande att Stadt Frankfurt am Main har skyldighet att säga upp koncessionskontraktet till följd av den ändring som den samtyckt till. Med hänsyn till denna ovisshet anser jag att denna tolkningsfråga avser bägge hypoteserna.

132. Behörigheten att utfärda förelägganden är den möjlighet som ges domstolen att ålägga en part att, eventuellt vid vite, vidta eller inte vidta en viss åtgärd som domstolen fastställer. Den domstol vid vilken talan har väckts i ett tvistemål kan således ge en order till en enskild eller till myndigheten att vidta en åtgärd i en fastställd riktning när domen innebär att en av parterna i tvisten nödvändigtvis måste vidta denna åtgärd. Denna behörighet utgör ett användbart instrument för att säkerställa att domstolsbeslut verkställs och för att möta svårigheter och vägran att verkställa en lagakraftvunnen dom.

133. Principen enligt vilken den nationella domstolen kan utfärda ett föreläggande är för närvarande inte föremål för någon gemenskapslagstiftning. Vidare tillämpas inte denna princip lika i alla medlemsstater, bland annat när föreläggandet riktar sig till en myndighet.

134. I Tyskland, liksom i Förenade kungariket, är en domstols behörighet att utfärda föreläggande till en myndighet erkänd. Tyska domstolar har en allmän behörighet att utfärda förelägganden till myndigheter. På samma sätt får Storbritanniens domstolar rikta förelägganden att göra eller underlåta något till alla myndigheter, med undantag av regeringen och dess nära samarbetspartners. Frågan har diskuterats mer ingående i de franska förvaltningsdomstolarna på grund av den traditionella synen på maktfördelning. Denna syn är numera föremål för en mängd undantag sedan antagandet av lagen av den 8 februari 1995.[59]

135. Som jag har påpekat ska enligt gemenskapsrätten, på dess nuvarande stadium, nödvändigheten av, och i förekommande fall villkoren för, att erkänna denna behörighet att utfärda föreläggande anges i varje medlemsstats rättsordning. Medlemsstaterna måste inom ramen för denna bedömning vara noga med att garantera full verkan av de domstolsavgöranden som meddelats beträffande förekomsten av de rättigheter som gjorts gällande på grundval av gemenskapsrätten. Genom att eftersträva detta mål försöker medlemsstaterna garantera gemenskapsrättens fulla verkan och säkerställa skyddet för de rättigheter som denna medför för enskilda. I syfte att bedöma i vilken utsträckning denna behörighet ska erkännas måste medlemsstaterna grunda sig på principer som ligger till grund för deras nationella rättssystem. De måste undersöka i vilken utsträckning denna behörighet att utfärda förelägganden omfattas av redan existerande rättsmedel och måste beakta de behörigheter som redan erkänts i de nationella domstolarna.

59 — Loi nº 95–125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (lag om domstolsorganisation och förfarande i civilrättsliga, straffrättsliga och förvaltningsrättsliga mål) (JORF den 9 februari 1995). Se artiklarna L 911 1–L 911–3 i Code de justice administrative (förvaltningsprocesslagen).

136. Uppsägning kan, även om den inte föreskrivs i gemenskapsrätten, förefalla vara den bästa påföljden för att säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan och skyddet för enskildas rättigheter. Detta kan bland annat vara fallet när det rör sig om särskilt allvarliga åsidosättanden av gemenskapsrättsliga bestämmelser, såsom dem som avser krav på offentliggörande och föregående konkurrensutsättning för anbudsgivarna. Inspiration med hänsyn härtill kan hämtas från de bestämmelser som gemenskapslagstiftaren har antagit i detta hänseende i den artikel 2.5 som införts genom direktiv 2007/66/EG. [60]

137. Den hänskjutande domstolen har i sitt beslut om hänskjutande gjort gällande att Stadt Frankfurt am Main har skyldighet att säga upp koncessionskontraktet till följd av den ändring som den samtyckt till.

138. Den hänskjutande domstolen har till stöd för sin uppfattning gjort gällande att de principer som gemenskapslagstiftaren har uppställt i artikel 2 i direktiv 89/665, och som har bekräftats av domstolen i domen i målet kommissionen mot Tyskland [61], är analogt tillämpliga på upphandling av tjänstekoncessioner.

139. I det målet konstaterade domstolen, vid vilken talan väckts på grundval av artikel 228 EG, att förbundsrepubliken Tyskland hade begått en överträdelse genom att inte säga upp ett kontrakt om bortskaffande av avfall i staden Braunschweig (Tyskland), vilket ingåtts genom överträdelse av direktiv 92/50. Förbundsrepubliken Tyskland grundade sig på bestämmelserna i artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 till stöd för sitt argument att den ersättning som de företag som orsakats skada kunde få räckte som påföljd för det fördragsbrott som den upphandlande myndigheten hade begått. Domstolen följde inte detta resonemang. Enligt domstolen reglerar denna bestämmelse det existerande förhållandet mellan en medlemsstat och dess medborgare, men den reglerar inte förhållandet mellan en medlemsstat och gemenskapen och tillåter således inte denna att undgå sitt eget ansvar enligt gemenskapsrätten. Eftersom verkningarna av kontraktet i fråga kvarstod fortgick förbundsrepubliken Tysklands fördragsbrott, och inskränkningen av friheten att tillhandahålla tjänster riskerade att fortgå under hela genomförandet av kontraktet. Enligt domstolen förelåg således skyldighet att säga upp kontraktet inte enbart

60 — Enligt denna bestämmelse ska ett kontrakt helt eller delvis förklaras ogiltigt när det inte har föregåtts av offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*, eller när det har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före dess ingående, eller i det mycket specifika fall då kontrakt grundar sig på ett ramavtal eller ett sådant dynamiskt inköpssystem som avses i direktiv 2004/18. Artikel 2 e, införd genom direktiv 2007/66, tillåter emellertid medlemsstaterna att föreskriva alternativa påföljder med beaktande bland annat av överträdelsens allvar, den upphandlande myndighetens agerande och, i förekommande fall, i vilken utsträckning kontraktet fortfarande är giltigt. Det kan röra sig om avgifter eller att kontraktstiden förkortas.

61 — Dom av den 18 juli 2007 i mål C-503/04, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6153), punkterna 29–36.

för att säkerställa full verkställighet av en dom i vilken konstaterades ett fördragsbrott, utan även för att säkerställa iakttagandet av gemenskapsrätten.

140. Till skillnad från den hänskjutande domstolen anser jag inte att de principer som framkommit inom ramen för tvister angående offentlig upphandling är enkelt överförbara på tvister angående tjänstekoncessioner, detta av två anledningar.

141. För det första ska det erinras om att medlemsstaterna inte har önskat lagstifta vad gäller förfarandet för tilldelning av koncessioner, och detta till skillnad från den mångfald av texter som antagits inom ramen för offentlig upphandling. Jag kan följaktligen inte bortse från att det saknas gemenskapslagstiftning på området och analogt tillämpa de precisa och tvingande reglerna som föreskrivs i direktiv 89/665.

142. För det andra är det enligt min uppfattning på samma sätt svårt att bedöma de konsekvenser som måste dras av att skyldigheten att lämna insyn inte har iakttagits, beroende på huruvida det rör sig om en offentlig upphandling eller en koncession för offentliga tjänster. I det sistnämnda fallet måste påföljderna inte bara ha till syfte att säkerställa lagligheten eller vidta sanktionsåtgärder för ett felaktigt handlande av den upphandlande myndigheten. De har också och kanske främst till syfte att säkerställa att de offentliga tjänsterna fungerar och skyddar det allmänintresse vilket kontraktet avser att främja.

143. Den nationella domstolen bör kunna bedöma möjligheten att utfärda ett föreläggande, som bland annat ska säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan, i varje enskilt fall. Syftet med föreläggandet bör bedömas utifrån samtliga relevanta omständigheter i målet, såsom den upphandlande myndighetens agerande, typ av oegentlighet som begåtts och samtliga intressen som kan komma att äventyras, och i synnerhet allmänintresset.

144. I förevarande mål är principen enligt vilken en nationell domstol får rikta ett föreläggande redan erkänd i Tyskland. Det framgår av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen får utöva denna behörighet med stöd av 1004 § punkt 1 i den tyska

civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch, nedan kallad BGB)[62], i två typer av situationer:

— när en person har lidit skada till följd av en störning avseende intressen som är skyddade enligt lag såsom liv, kroppslig integritet, person, hälsa, frihet och äganderätt, eller

— när en person har lidit skada till följd av ett åsidosättande av en ”lag som har till syfte att skydda andra” i den mening som avses i 823 § punkt 2 BGB.

145. I förevarande mål ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den behöriga domstolen, enligt den nationella processrätten och i detta fall 823 § punkt 2 BGB, får utfärda ett föreläggande mot myndigheten, när denna har underlåtit att fullgöra sin skyldighet att lämna insyn, och ålägga den att säga upp kontraktet med FES och att inte längre godkänna bytet av underleverantör.[63]

146. Det ankommer därmed på den nationella domstolen att för det första bedöma huruvida denna skyldighet utgör en ”lag som har till syfte att skydda andra”, i den mening som avses i den bestämmelsen. Såsom den hänskjutande domstolen har förklarat i sin motivering av den andra tolkningsfrågan förhåller det sig på det viset när skyldigheten i fråga utgör en sedvanerättslig princip.

147. Det ska för den hänskjutande domstolen påpekas att skyldigheten att lämna insyn är ett uttryck för den allmänna principen om likabehandling. Denna princip är en grundläggande gemenskapsrättslig princip och följer direkt av bestämmelserna i fördraget.[64] Den skapar rättigheter för enskilda och utgör tvingande rätt för samtliga myndigheter i medlemsstaterna när dessa genomför gemenskapsrätten. Vidare är dessa skyldiga att i möjligaste mån tillämpa denna rätt på villkor som inte åsidosätter de krav som följer av det gemenskapsrättsliga skyddet för grundläggande rättigheter. I förevarande mål är den nationella domstolen således skyldig att i

62 — Denna bestämmelse lyder på följande sätt:
D”Om ägandet störs på annat sätt än genom avhändande eller undanhållande av besittning får ägaren från den som orsakar störningen kräva att störningen avlägsnas. Om ytterligare störning uppfattas får ägaren begära ett förbudsföreläggande i domstol.”
Det framgår av beslutet om hänskjutande att nämnda bestämmelse har tillämpats analogt på andra störningar (och särskilt på störningar avseende liv, kroppslig integritet, person, hälsa och frihet) och på vissa olagliga ageranden.

63 — Se bland annat domen i målet Rodríguez Caballero (ovan fotnot 18), punkt 30 och där angiven rättspraxis, av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex (REG 2003, s. I-1877), punkterna 62–63, och av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 44.

64 — Se domen i det ovannämnda målet Parking Brixen (punkterna 48 och 49).

möjligaste mån tolka de nationella bestämmelser i vilka domstolen ges rätt att utfärda förelägganden på sätt som säkerställer gemenskapsrättens fulla verkan och garanterar skyddet för de rättigheter som sökanden har gjort gällande med stöd av nämnda rätt.

148. Om den hänskjutande domstolen anser att skyldigheten att lämna insyn utgör en ”lag som har till syfte att skydda andra”, i den mening som avses i 823 § punkt 2 i BGB, måste den försäkra sig om att de villkor enligt vilka en nationell domstol kan rikta ett föreläggande vid åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn är likvärdiga med dem som föreskrivs inom ramen för en tvist som grundar sig på åsidosättande av den nationella lagstiftningen. Det ankommer även på den domstolen att försäkra sig om att dessa villkor inte gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

149. Syftet med förevarande tvist är att gemenskapsrättens fulla verkan ska garanteras genom att förebygga ett nära förestående åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn genom en ny felaktig tillämpning av den bestämmelse om underleverans som föreskrivs i artikel 30 IV i kontraktet avseende koncession.

150. Det är mot bakgrund av detta syfte som den nationella domstolen ska bedöma om det finns anledning att ålägga Stadt Frankfurt am Main och, i förekommande fall, FES att säga upp de kontrakt som har ingåtts i strid med gemenskapsrätten. I det avseendet och såsom framgår av beslutet om hänskjutande, har Landgericht Frankfurt am Main gjort gällande att åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn kan utgöra en saklig grund för uppsägning av koncessionsavtalet, i den mening som avses i 314 § i BGB. [65]

151. Det är även mot bakgrund av detta syfte som den hänskjutande domstolen ska bedöma huruvida Stadt Frankfurt am Main och FES ska åläggas att under sådana omständigheter som dem i det nationella målet inte byta underleverantör vad gäller tillhandahållande och underhåll av offentliga toaletter som ska installeras på stationerna Kornmarkt, Galluswarte och Rödelheim.

152. Följaktligen föreslår jag att domstolen ska svara den hänskjutande domstolen att när, inom ramen för ett förfarande för tilldelning av en tjänstekoncession, den

65 — Enligt denna bestämmelse kan ”varje part, om saklig grund föreligger, säga upp ett avtal som ingåtts tills vidare utan att vara tvungen att iaktta en uppsägningstid. Saklig grund föreligger när det, med hänsyn till omständigheterna i målet och efter att ha gjort en avvägning mellan de båda parternas intressen, inte rimligen kan förväntas av den part som säger upp avtalet att den upprätthåller avtalsförhållandet fram till avtalad tidpunkt eller till utgången av en uppsägningsperiod”.

behöriga nationella domstolen konstaterar ett åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn, kräver inte gemenskapsrätten, på sitt nuvarande stadium, att medlemsstaterna erkänner en behörighet för den domstolen att utfärda förelägganden till parterna i tvisten. Det ankommer på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning, i enlighet med gemenskapens likvärdighetsprincip och effektivitetsprincip, ange de rättsliga förfaranden enligt vilka en behörig nationell domstol kan säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan och garantera att det domstolsavgörande som meddelats beträffande förekomsten av rättigheter som följer av nämnda rätt verkställs fullt ut.

VI — Förslag till avgörande

153. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Landgericht Frankfurt am Main har ställt på följande sätt:

”1) Skyldigheten att lämna insyn, när en underleverantörs identitet, inom ramen för ett förfarande för upphandling av en tjänstekoncession, är en avgörande omständighet som den upphandlande myndigheten har grundat sig på vid tilldelningen av koncessionen, innebär en skyldighet för medlemsstaterna att organisera ett nytt upphandlingsförfarande när anbudsgivaren önskar byta underleverantör redan före utförandet av de första prestationerna och utan att ha angett några legitima skäl. Det ankommer på den behöriga nationella domstolen att bedöma huruvida underleverantörens namn, renommé och tekniska expertis som Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH framhävde vid lämnandet av sitt anbud var en avgörande omständighet som Stadt Frankfurt am Main grundade sig på vid tilldelningen av koncessionen till detta företag.

2) En sådan blandekonomisk enhet som Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, bildad inom ramen för ett partnerskap med Stadt Frankfurt am Main, utgör ett ’organ som lyder under offentlig rätt’ i den mening som avses artikel 1 b andra stycket i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001, när det kan visas dels att denna enhet uppfyller behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels att dess förvaltning och ledning har nära anknytning till den offentliga myndigheten.

Nämnda enhet tillgodoser allmännyttiga behov i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 92/50, i ändrad lydelse, när den ansvarar för bortskaffande och behandling av avfall samt stadsrengöring inom den offentliga myndighetens territorium. Det ankommer på den behöriga nationella domstolen att, i syfte att bedöma huruvida dessa behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär, bedöma på vilka villkor Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH utövar sin verksamhet, och särskilt konkurrenssituationen inom dessa sektorer.

En sådan enhet har nära anknytning till den offentliga myndigheten i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 92/50, i ändrad lydelse, när dess förvaltning och dess lednings-, administrations- eller övervakningsorgan kontrolleras av den sistnämnda. I syfte att fastställa exakt i vilken utsträckning Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH:s förvaltning kontrolleras av Stadt Frankfurt am Main, ankommer det på den nationella domstolen att bedöma huruvida den offentliga myndigheten genom den vetorätt som den har vid bolagsstämman eller genom nämnda företagsorgans sammansättning, kan säkerställa en aktiv kontroll av denna enhets förvaltning och på samma sätt påverka dess beslut på området för upphandling av tjänstekoncessioner.

3) När, inom ramen för ett förfarande för tilldelning av en tjänstekoncession, den behöriga nationella domstolen konstaterar ett åsidosättande av skyldigheten att lämna insyn, kräver inte gemenskapsrätten, på sitt nuvarande stadium, ett erkännande, från medlemsstaterna till den domstolen, av en behörighet att utfärda förelägganden till parterna i tvisten. Det ankommer på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning, i enlighet med gemenskapens likvärdighetsprincip och effektivitetsprincip, ange de rättsliga förfaranden enligt vilka en behörig nationell domstol kan säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan och garantera att det domstolsavgörande som meddelats beträffande förekomsten av rättigheter som följer av nämnda rätt verkställs fullt ut.”