DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

19. juni 2008 *

I sag C-454/06,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Bundesvergabeamt (Østrig) ved afgørelse af 10. november 2006, indgået til Domstolen den 13. november 2006, i sagen:

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

mod

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas, og dommerne U. Lõhmus, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), A. Ó Caoimh og A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24. januar 2008,

efter at der er afgivet indlæg af:

— pressetext Nachrichtenagentur GmbH ved Rechtsanwalt G. Estermann

— Republik Österreich (Bund) ved A. Schittengruber og C. Mayr, som befuldmægtigede

— APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung ved Rechtsanwalt J. Schramm

— den østrigske regering ved M. Fruhmann og C. Mayr, som befuldmægtigede

— den franske regering ved J.-C. Gracia, som befuldmægtiget

— den litauiske regering ved D. Kriaučiūnas, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved D. Kukovec og R. Sauer, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. marts 2008,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved direktiv 92/50 (herefter »direktiv 89/665«).

2 Denne anmodning er blevet fremsat i en sag, der føres af pressetext Nachrichtenagentur GmbH (herefter »PN«) mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH (herefter APA-OTS) og APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (herefter »APA«), vedrørende en kontrakt om nyhedsformidlingstjenester.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»Ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler eller afholdelse af projektkonkurrencer anvender de ordregivende myndigheder fremgangsmåder, som er tilpasset efter dette direktivs bestemmelser.«

4 Det følger af artikel 8 i direktiv 92/520, at:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.«

5 Direktivets artikel 9 har følgende ordlyd:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

6 Direktivets artikel 10 bestemmer følgende:

»Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

7 Følgende er bestemt i direktivets artikel 11, stk. 3:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

[…]

e) når der er tale om supplerende tjenesteydelser, der ikke var omfattet af det oprindelige udbud eller den først indgåede aftale, men som på grund af uforudsete omstændigheder er blevet nødvendige for udførelsen af den pågældende tjenesteydelse, som den er beskrevet deri, forudsat at ordren tildeles den tjenesteyder, der udfører denne tjenesteydelse:

— når disse supplerende tjenesteydelser ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den oprindelige aftale uden væsentlige ulemper for de ordregivende myndigheder,

eller

— når disse tjenesteydelser, til trods for at de kan adskilles fra den oprindelige aftale, er absolut nødvendige af hensyn til dennes fuldstændige gennemførelse.

Den samlede anslåede værdi af aftaler, der indgås om supplerende tjenesteydelser, må dog ikke overstige 50% af værdien af den oprindelige aftale.

f) når der er tale om nye tjenesteydelser, der er en gentagelse af tilsvarende tjenesteydelser, og som overdrages den tjenesteyder, med hvem de samme ordregivende myndigheder indgik den første aftale, forudsat at gentagelsestjenesteydelserne svarer til det oprindelige projekt, og at den første aftale om dette blev indgået i henhold til de fremgangsmåder, der er omhandlet i stk. 4. Allerede når det første projekt udbydes, skal det oplyses, at udbud efter forhandling kan tænkes benyttet, og den samlede anslåede værdi af de efterfølgende tjenesteydelser skal tages i betragtning af de ordregivende myndigheder, når de anvender artikel 7. Denne fremgangsmåde må kun benyttes i indtil tre år efter indgåelsen af den oprindelige aftale.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8 APA blev stiftet i Østrig, i form af et registreret andelsselskab med begrænset hæftelse, efter Anden Verdenskrig. Dets medlemmer omfatter stort set samtlige østrigske dagblade samt tillige Østrigs Radio, ORF. Sammen med koncernselskaberne er APA førende på nyhedsagenturmarkedet i Østrig og har traditionelt præsteret forskellige nyhedsagenturydelser til Republikken Østrig.

9 PN har drevet nyhedsagenturvirksomhed på det østrigske marked siden 1999, men har hidtil kun i begrænset omfang forestået udsendelse af nyhedsmeddelelser for de østrigske forbundsmyndigheder. PN har endvidere færre journalistiske medarbejdere end APA og råder ikke over et så omfattende arkiv som APA.

10 I 1994, dvs. inden Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union, indgik Republikken Østrig (Bund) en aftale (herefter »basisaftale«) med APA vedrørende udførelse af visse tjenesteydelser mod vederlag. Denne basisaftale gav navnlig de østrigske forbundsmyndigheder ret til adgang til og anvendelse af aktuelle informationer (»basistjenesten«), at søge i historiske oplysninger og pressemeddelelser i APA's database, »APADok«, samt til at benytte APA's originaltekstjeneste »OTS« såvel til informationssøgning som til udsendelse af forbundsmyndighedernes egne pressemeddelelser. APADoks database indeholder informationer fra basistjenesten fra den 1. januar 1988 og OTS-udsendelser fra den 1. januar 1989.

11 Basisaftalen blev indgået på ubestemt tid og indeholdt tillige et afkald på retten til opsigelse, således at aftalen tidligst kunne opsiges pr. 31. december 1999.

12 Artikel 2, litra c), i basisaftalen bestemte følgende:

»For online-søgninger i APA's informationstjeneste, defineret i artikel 1, fakturerer APA som gebyr for anvendelsen af edb-systemet for hvert CPU-minut (nettotid), hvilken pris svarer til den laveste graduerede forbrugerpris under den officielle takst (nu 67 ATS, ekskl. skat pr. CPU-minut) fratrukket 15%.«

13 Denne aftale indeholdt endvidere bestemmelser om tidspunktet for den første prisforhøjelse, loft for de enkelte prisforhøjelser og en prisindeksering på grundlag af forbrugerprisindekset for 1986, hvis referenceværdi var det for 1994 beregnede indekstal. I denne forbindelse blev det i aftalens artikel 5, stk. 3, navnlig fastsat, at »det […] udtrykkeligt er vedtaget, at de i artikel 2, litra a) og b), fastsatte vederlagsværdier er beskyttet. Der må ved beregningen af indekset tages udgangspunkt i forbrugerprisindekset 86 (VPI 86), der er offentliggjort af den centrale østrigske statistiske myndighed (ÖSTAT), eller det følgende indeks til erstatning herfor«.

14 I september 2000 oprettede APA APA-OTS, et andelsselskab med begrænset hæftelse, som et fuldt ud ejet datterselskab. Selskaberne indgik en aftale om overførsel af indtægter og tab, hvoraf det ifølge APA og APA-OTS fremgår, at APA-OTS finansielt, organisatorisk og forretningsmæssigt udgør en del af APA, og for så vidt angår forretningsførelse og forvaltning skal følge APA's anvisninger. APA-OTS er endvidere forpligtet til at overføre årets overskud til APA, mens APA derimod skal udligne eventuelle underskud i APA-OTS.

15 APA overførte i september 2000 originaltekstjenesten OTS til APA-OTS. Ændringen blev meddelt Republik Österreich (Bund) i oktober 2000. En befuldmægtiget medarbejder i APA forsikrede de østrigske myndigheder om, at APA og APA-OTS efter opsplitningen hæftede solidarisk, og at der ikke ville ske ændringer af den eksisterende samlede ydelse. De østrigske myndigheder accepterede herefter, at

OTS-tjenesteydelserne præsteredes af APA-OTS, og at vederlaget for ydelserne som hidtil blev erlagt direkte til APA-OTS.

16 Derudover blev bestemmelserne i basisaftalen ændret i 2001 ved et første tillæg til kontrakten, der trådte i kraft den 1. januar 2002. Ved overgangen til euro blev dette tillæg tilpasset den oprindelige aftale, som anført i denne doms præmis 17-20.

17 For det første blev den årlige afgift for brug af de redaktionelle værktøjer og medie-arkiverne på 10 080 000 ATS erstattet med en afgift på 800 000 ATS. På grund af indeksreguleringen burde prisen for 2002 have været på 11 043 172 ATS (afrundet som følge af overgangen til euro til 802 538,61 EUR). Det blev besluttet at lægge ikke dette, men et rundt beløb på 800 000 til grund, hvilket svarer til en nedsættelse på 0,3%.

18 For det andet blev den pris, der var fastsat for online-søgninger i APA's informationstjeneste på 67 ATS pr. minut, erstattet med en pris på 4,87 EUR pr. minut. Med forbehold af den afrunding, som er foretaget som følge af overgangen til euro, er dette beløbs egentlige størrelse forblevet uændret.

19 For det tredje blev det for 1994 beregnede indekstal på grundlag af forbrugerprisindekset for 1986 erstattet af det for 2001 beregnede indekstal på grundlag af forbrugerindekset for 1996 som sammenligningsgrundlag. I denne forbindelse har det første tillæg navnlig ændret basisaftalens artikel 5, stk. 3, på følgende måde:

»Det er udtrykkeligt vedtaget, at de i artikel 2, litra a) og b), fastsatte vederlagsværdier er beskyttet. Der må ved beregningen af indekset tages udgangspunkt i forbrugerprisindekset 96 (VPI 96), der er offentliggjort af den centrale østrigske statistiske myndighed (ÖSTAT), eller det følgende indeks til erstatning herfor.«

20 For det fjerde blev visse priser, som en fravigelse af denne ordning, straks fastsat for årene 2002, 2003 og 2004. Prisen på 8,50 ATS pr. linje for optagelse af pressemeddelelser i OTS blev således erstattet med faste priser på 0,66 EUR pr. linje for 2002, 0,67 EUR for 2003 og 0,68 EUR for 2004. Hvis indeksreguleringen var blevet anvendt, ville prisen for 2002 have været på 9,31 ATS pr. linje (afrundet til 0,68 EUR pr. linje). Prisen blev således nedsat med 2,94% for 2002 og 1,47% for 2003.

21 I oktober 2005 blev der ved et yderligere tillæg til kontrakten, der trådte i kraft pr. 1. januar 2006, foretaget yderligere to ændringer af basisaftalen. Ved dette yderligere tillæg blev basisaftalen ændret, som anført i denne doms præmis 22 og 23.

22 På den ene side blev opsigelsesafkaldet, hvorom der i henhold til basisaftalen var enighed om, at det skulle vare til 31. december 1999, fornyet indtil den 31. december 2008.

23 På den anden side forhøjedes rabatten på vederlag for online-søgninger i APA's informationstjeneste, der i basisaftalen var fastsat til 15%, til 25%. I denne forbindelse ændrede det yderligere tillæg basisaftalen artikel 2, litra c), med følgende ordlyd:

»De følgende bestemmelser [i basisaftalen som ændret ved det første tillæg] ændres som følger med virkning fra den 1. januar 2006:

1. Procenten på 15% i artikel 2, litra c), erstattes med 25%.

[…]«

24 I 2004 fremsatte PN tilbud til Republikken Østrig (Bund) om nyhedsagenturydelser, men tilbuddet førte ikke til indgåelse af en kontrakt.

25 Ved sager anlagt den 4. og den 19. juli 2006 har PN for Bundesvergabeamt nedlagt påstand om principalt, at det fastslås, at den deling af kontrakten, der skete ved omstruktureringen af APA i 2000, og tillæggene til basisaftalen af 2001 og 2005, der ifølge PN udgør »de facto-indgåelser«, er retsstridige; subsidiært har PN nedlagt påstand om, at det fastslås, at valget af de omhandlede udbudsprocedurer var retsstridig.

26 For så vidt angår søgsmålsfrister har Bundesvergabeamt anført, at de forhold, der kritiseres, ganske vist fandt sted i 2000, 2001 og 2005, men at der i national ret først senere, pr. 1. februar 2006, blev indført et retsmiddel, hvorved retsstridig tildeling af kontrakter kan anfægtes (nemlig et anerkendelsessøgsmål med annullation af kontrakten til følge). Fristen for at bringe et sådant retsmiddel i anvendelse er seks måneder fra datoen for den retsstridige tildeling af kontrakten. Den forelæggende ret finder imidlertid, at § 1496 i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch finder anvendelse, hvorefter forældelsesfrister ikke begynder at løbe, så længe der ikke findes en effektiv retspleje, såfremt dette er foreneligt med fællesskabsretten.

27 Det er på denne baggrund, at Bundesvergabeamt har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 […] og begrebet »indgås« i artikel 8 og 9 i samme direktiv fortolkes således, at de også omfatter de forhold, hvor en ordregivende myndighed har til hensigt fremover at modtage tjenesteydelser fra en tjenesteyder, som er et kapitalselskab, såfremt disse ydelser tidligere blev udført af en anden tjenesteyder, som på den ene side er eneste selskabsdeltager i det fremtidige tjenesteydende selskab og på den anden side samtidig kontrollerer det fremtidige tjenesteydende selskab gennem instrukser? Er det i et sådant tilfælde juridisk relevant, hvis det i den sammenhæng ikke er sikret den ordregivende myndighed, at andelene i det fremtidige tjenesteydende

selskab i hele den oprindelige kontrakts løbetid ikke helt eller delvist sælges til tredjemand, og det heller ikke er sikret, at sammensætningen af deltagerne i det oprindelige tjenesteydende selskab, som var organiseret som et andelsselskab, ikke ændres i hele kontraktens løbetid?

2) Skal begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 […] og begrebet »indgås« i artikel 8 og 9 i samme direktiv fortolkes således, at de også omfatter de forhold, hvor en ordregivende myndighed i løbetiden for en kontrakt, som denne myndighed har indgået med tjenesteyderne på ubestemt tid med henblik på fælles udførelse af tjenesteydelser, med disse tjenesteydere aftaler ændringer i vederlaget for visse kontraktlige ydelser og omformulerer en værdisikringsklausul, såfremt disse ændringer medfører ændrede vederlag og sker på grund af overgangen til euro?

3) Skal begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50[…] og begrebet »indgås« i artikel 8 og 9 i samme direktiv fortolkes således, at de også omfatter de forhold, hvor en ordregivende myndighed i løbetiden for en kontrakt, som denne myndighed har indgået med tjenesteyderne på ubestemt tid med henblik på fælles udførelse af tjenesteydelser, med disse tjenesteydere ved en ændring i kontrakten på den ene side på et tidspunkt, hvor der ikke længere foreligger et afkald på retten til at opsige kontrakten, på ny aftaler at give afkald på retten til opsigelse i tre år og samtidig med denne ændring af kontrakten på den anden side også aftaler større rabatter for visse mængdeafhængige vederlag for en bestemt type ydelser?

4) Såfremt Domstolen svarer bekræftende på, der foreligger indgåelse i den forstand, som fremgår af et af de tre første spørgsmål: Skal artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50[…] eller skal andre bestemmelser i fællesskabsretten som f.eks. især princippet om gennemsigtighed fortolkes således, at de tillader en ordregivende myndighed at afgive en ordre på ydelser ved at indgå en enkelt tjenesteydelsesaftale ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når dele af tjenesteydelserne er underlagt enerettigheder som nævnt i artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50/EØF? Eller kræver princippet om gennemsigtighed eller andre bestemmelser i fællesskabsretten ved indgåelse af en aftale om tjenesteydelser af overvejende ikke-primær art, at der i et sådant tilfælde alligevel skal offentliggøres en udbudsbekendtgørelse før indgåelse af tjenesteydelsesaftalen for at gøre det muligt for de interesserede virksomheder at kontrollere, at der rent faktisk indgås aftale om tjenesteydelser, som

er underlagt en enerettighed? Eller kræver bestemmelser i fællesskabsretten om indgåelse af offentlige aftaler, at aftaler om tjenesteydelser i et sådant tilfælde — afhængigt af, om der er tale om enerettigheder eller ikke — kun må indgås ved en særskilt udbudsprocedure, for i det mindske delvist at åbne mulighed for en udbudskonkurrence?

5) Såfremt fjerde spørgsmål besvares med, at en ordregivende myndighed ved en enkelt udbudsprocedure må indgå en tjenesteydelsesaftale, som både omfatter ydelser, der ikke er underlagt enerettigheder, og ydelser, der er underlagt enerettigheder: Kan en virksomhed, som ikke selv har råderet over data, som en virksomhed med en dominerende stilling på markedet har enerettighed til, begrunde sin udbudsretlige evne til at levere den samlede ydelse til en offentlig myndighed med en henvisning til artikel 82 EF og til en pligt — som kan udledes af denne artikel — som den i Fællesskabet hjemmehørende virksomhed, der har råderetten over de pågældende data og samtidig er dominerende på markedet, har til at give dataene videre på rimelige betingelser?

6) Såfremt første, andet og tredje spørgsmål besvares med, at der er tale om ny indgåelse af en tjenesteydelsesaftale på grund af den delvise overtagelse af aftalen i år 2000 og/eller på grund af en eller begge ændringer i aftalen; og endvidere såfremt fjerde spørgsmål besvares med, at en ordregivende myndighed enten ved indgåelse af en tjenesteydelsesaftale vedrørende ydelser, som ikke er omfattet af enerettigheder, ved hjælp af en særskilt aftaleprocedure eller ved indgåelse af en tjenesteydelsesaftale for samtlige ydelser (her udsendelse af pressemeddelelser, basistjenesten og retten til at benytte APADok) forinden burde have offentliggjort en udbudsbekendtgørelse af hensyn til gennemsigtighed og kontrolmulighed i forbindelse med den planlagte aftaleindgåelse:

Skal begreberne »skade« i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 […] og »skadelidt« i artikel 2, stk. 1, litra c), i samme direktiv fortolkes således, at en virksomhed i et tilfælde som det foreliggende allerede har lidt skade/er skadelidt i den forstand, som fremgår af disse bestemmelser i direktiv 89/665/EØF, når han er blevet frataget muligheden for at deltage i en udbudsprocedure, fordi den ordregivende myndighed ikke før indgåelsen af aftalen har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, på grundlag af hvilken virksomheden kunne have anmodet om at deltage i udbuddet eller have afgivet et bud eller have ladet påstanden om eventuelle enerettigheder kontrollere af den kompetente udbudskontrolmyndighed?

7) Skal ækvivalensprincippet og retten til effektive retsmidler/effektivitetsprincippet i fællesskabsretten under hensyntagen til fællesskabsrettens øvrige bestemmelser fortolkes således, at en virksomhed får en subjektiv og ubetinget ret over for en medlemsstat, idet denne virksomhed kan indbringe sagen for den kompetente nationale myndighed med henblik på, efter at en aftale er blevet tildelt, at opnå skadeserstatning på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretlige udbudsbestemmelser, dog således at virksomheden mindst skal gøre denne ret gældende inden for en periode på seks måneder, efter at virksomheden havde mulighed for at få kendskab til den aftaleindgåelse, som er i strid med udbudsbestemmelserne, og at virksomheden i den forbindelse bør have yderligere tid til rådighed svarende til den tid, hvor det på grund af manglende nationalt lovgrundlag ikke var muligt for den at gøre sine krav gældende, når der i national lov for skadeserstatningskrav begrundet i tilsidesættelse af national lov normalt er forældelsesfrister på tre år fra kendskabet til den skadevoldende og til skaden at regne, og også når der i mangel af retspleje på et bestemt juridisk område ikke er nogle forældelsesfrister, som (fortsat) løber?«

Om de præjudicielle spørgsmål

28 Det bemærkes for det første, at selv om den i hovedsagen omhandlede aftale blev indgået, inden Republikken Østrig tiltrådte Den Europæiske Union, finder fællesskabsreglerne på dette område anvendelse på en sådan aftale fra tiltrædelsestidspunktet for denne medlemsstat (jf. i denne retning dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, præmis 14).

29 Den forelæggende ret ønsker med de tre første spørgsmål nærmere bestemt oplyst, under hvilke omstændigheder ændringer af et eksisterende kontraktforhold mellem en ordregivende myndighed og en tjenesteyder kan anses for indgåelse af en ny offentlig tjenesteydelsesaftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.

30 Direktiv 92/50 indeholder ikke noget udtrykkeligt svar på disse spørgsmål, men flere relevante oplysninger, som skal ses i sammenhæng med de generelle rammer, der følger af fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler.

31 Det fremgår af retspraksis, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater (jf. dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 44). Dette dobbelte formål bekræftes udtrykkeligt i anden, sjette og tyvende betragtning til direktiv 92/50.

32 Til at forfølge dette dobbelte formål anvender fællesskabsretten navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf (jf. i denne retning dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31, af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60 og 61, og af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 108 og 109).

33 For så vidt angår de af direktiv 92/50 omhandlede aftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, gennemfører det pågældende direktiv disse principper og gennemsigtighedsforpligtelsen ved navnlig at indføre bestemte fremgangsmåder med hensyn til indgåelse. Hvad angår de i dette direktiv omhandlede aftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indfører dette direktiv ikke de samme regler med hensyn til indgåelse, men denne kategori af offentlige tjenesteydelsesaftaler er imidlertid fortsat undergivet fællesskabsrettens grundlæggende principper og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf (jf. i denne retning dom af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 26, 30 og 31).

34 Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand,

når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

38 Det er i lyset af de ovennævnte betragtninger, at de præjudicielle spørgsmål, der er stillet Domstolen, skal besvares.

Om det første spørgsmål

39 Med det første spørgsmål henviser den forelæggende ret til overførslen i år 2000 til APA-OTS af originaltekstjenesten OTS, som hidtil præsteredes af APA. Den ønsker nærmere bestemt oplyst, om en udskiftning af medkontrahenten, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende, udgør en ny indgåelse af en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 1, artikel 8 og 9 i direktiv 92/50.

40 I almindelighed skal udskiftningen med en ny medkontrahent af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser i den pågældende offentlige kontrakt, medmindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktbestemmelser, f.eks. som en underentreprise.

41 Ifølge forelæggelsesafgørelsen er ATA-OTS — idet den er oprettet som et andelsselskab med begrænset hæftelse — en selvstændig juridisk person, adskilt fra APA, som er tilslagsmodtageren i forbindelse med det oprindelige udbud.

42 Det er også ubestridt, at den ordregivende myndighed siden overførslen af originaltekstjenesten OTS fra APA til APA-OTS i 2000 foretager betalinger vedrørende disse tjenesteydelser direkte til APA-OTS, og ikke længere til APA.

43 Overførslen af den pågældende tjeneste har imidlertid visse særlige egenskaber, som gør det muligt at antage, at sådanne ændringer, indført i en situation som den i hovedsagen foreliggende, ikke udgør en ændring af en væsentlig kontraktbestemmelse.

44 Det fremgår således af sagen, at APA-OTS er et 100% ejet datterselskab af APA, at sidstnævnte har en ledelsesbeføjelse over APA-OTS, og at der mellem disse enheder foreligger en aftale om overførsel af indtægter og tab, påtaget af APA. Det fremgår endvidere af sagen, at en befuldmægtiget medarbejder i APA forsikrede den ordregivende myndighed om, at APA og APA-OTS efter overførslen af originaltekstjenesten OTS hæftede solidarisk, og at der ikke ville ske ændringer af den eksisterende samlede ydelse.

45 En sådan ordning er i det væsentlige udtryk for en intern omstrukturering hos medkontrahenten, der ikke i væsentlig grad ændrer de oprindelige kontraktbestemmelser.

46 Den forelæggende ret er i denne sammenhæng i tvivl om, hvorvidt den omstændighed, at den ordregivende myndighed ikke har sikkerhed for, at APA-OTS' andele ikke vil blive solgt til tredjemand i hele kontraktens løbetid, er juridisk relevant.

47 Selv om andelene i APA-OTS blev solgt til tredjemand under den i hovedsagen omhandlede kontraktperiode, drejer det sig ikke om en intern omstrukturering hos den oprindelige medkontrahent, men om en faktisk ændring af medkontrahenten, hvilket i princippet udgør en ændring af en væsentlig kontraktbestemmelse. En sådan begivenhed vil kunne udgøre en ny indgåelse af en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.

48 En tilsvarende argumentation vil finde anvendelse, hvis overdragelsen af andelene i datterselskabet til tredjemand allerede var bestemt på tidspunktet for overførslen af de pågældende tjenester (jf. i denne retning dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 38-42).

49 Så længe en sådan udvikling imidlertid ikke har fundet sted, forbliver den i denne doms præmis 45 foretagne analyse, hvorefter den beskrevne situation udgør en intern omstrukturering hos medkontrahenten, gyldig. At der ikke er sikkerhed for, at

andelene i datterselskabet ikke vil blive solgt til tredjemand under kontraktperioden, påvirker ikke denne konklusion.

50 Den forelæggende ret har også rejst det problem, om det er juridisk relevant, at det ikke er sikret den ordregivende myndighed, at sammensætningen af deltagerne i det oprindelige tjenesteydende selskab ikke vil blive ændret i hele kontraktens løbetid.

51 De offentlige kontrakter tildeles i almindelighed juridiske personer. Hvis en juridisk person er stiftet som et børsnoteret aktieselskab, følger det af selve dens natur, at samtlige aktionærer kan ændre sig til enhver tid. En sådan situation skaber i princippet ikke tvivl om gyldigheden af tildelingen af en offentlig aftale til et sådant selskab. Det ville kunne forholde sig anderledes i undtagelsestilfælde, som f.eks. ved adfærd, der tilsigter at omgå fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.

52 De samme betragtninger gør sig gældende inden for rammerne af offentlige aftaler, som tildeles juridiske personer, der som i hovedsagen er stiftet, ikke som et aktieselskab, men et registreret andelsselskab med begrænset hæftelse. Eventuelle ændringer i sammensætningen af kredsen af deltagere i et sådant aktieselskab medfører i princippet ikke nogen væsentlig ændring i den til selskabet tildelte kontrakt.

53 Disse betragtninger ændrer derfor heller ikke konklusionen i denne doms præmis 45.

54 Følgelig skal det første spørgsmål besvares med, at begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i samme direktivs artikel 8 og 9 skal fortolkes således, at det ikke omfatter en situation som den i hovedsagen omhandlede,

hvor tjenesteydelser, som blev udført for den ordregivende myndighed af den tidligere tjenesteyder, overføres til en anden tjenesteyder, som er et kapitalselskab, hvori den tidligere tjenesteyder er eneste selskabsdeltager og kontrollerer den nye tjenesteyder gennem instrukser, for så vidt som den tidligere tjenesteyder fortsat påtager sig ansvaret for de kontraktmæssige forpligtelser.

Om det andet spørgsmål

55 Med det andet spørgsmål henviser den forelæggende ret til ændringerne af basisaftalen ved det første tillæg i 2001, der trådte i kraft den 1. januar 2002. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om bestemte prisændringer udgør en indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand.

56 Dette præjudicielle spørgsmål vedrører for det første omregningen af priserne til euro, uden ændring af prisernes reelle værdi, for det andet omregningen af priserne til euro, ledsaget af en nedsættelse af deres reelle værdi, og for det tredje omformuleringen af en prisindekseringsklausul.

57 Der skal gives det svar, at såfremt en eksisterende kontrakt som følge af overgangen til euro ændres således, at de priser, der tidligere var udtrykt i national valuta, omregnes til euro, er der ikke tale om en væsentlig kontraktændring, men blot om en tilpasning af kontrakten under hensyn til ændrede ydre omstændigheder, for så vidt som der sker en op- eller nedrunding af euro-beløbene i overensstemmelse med gældende retsforskrifter, bl.a. Rådets forordning (EF) nr. 1103/97 af 17. juni 1997 om visse bestemmelser vedrørende indførelsen af euroen (EFT L 162, s. 1).

58 Såfremt op- eller nedrundingen af de omregnede euro-beløb overstiger det ved de relevante bestemmelser tilladte beløb, drejer det sig om en ændring af den reelle værdi af de priser, der er fastsat i den oprindelige aftale. I det foreliggende tilfælde opstår spørgsmålet, om en sådan ændring af priserne udgør en ny indgåelse af en aftale.

59 Det er klart, at prisen udgør en vigtig betingelse i en offentlig aftale (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 117).

60 At ændre en sådan betingelse inden for den periode, i hvilken aftalen er gyldig, når der ikke foreligger nogen udtrykkelig bemyndigelse hertil i de oprindelige udbudsbetingelser, risikerer at medføre en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgivere (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 121).

61 Omregningen til euro af priserne i en aftale i dennes løbetid kan imidlertid ledsages af en tilpasning af deres reelle værdi, uden at det fører til en ny indgåelse af en aftale, på betingelse af, at en sådan tilpasning er ubetydelig og kan forklares på en objektiv måde, hvilket er tilfældet, hvis den har til formål at lette gennemførelsen af aftalen, f.eks. ved at forenkle faktureringen.

62 Dels blev den årlige afgift for brug af de redaktionelle værktøjer og mediearkiverne kun nedsat med 0,3%, så den svarede til et rundt beløb, der kunne lette beregningerne. Dels blev online-vederlaget for optagelse af pressemeddelelser i OTS nedsat med henholdsvis 2,94% for 2002 og 1,47% for 2003, så den kunne udtrykkes i runde tal, der på samme måde kunne lette beregningerne. Ud over den omstændighed, at de vedrører et ubetydeligt beløb, sker disse prisjusteringer ikke til fordel, men til skade for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet, som accepterer en prisnedsættelse, som er resultatet af de almindelige regler for omregning og indeksering, der normalt finder anvendelse.

63 Under sådanne omstændigheder må det antages, at en justering af priserne i en offentlig aftale i gyldighedsperioden ikke udgør en ændring i de væsentlige betingelser i denne aftale, således at den udgør en ny indgåelse af en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.

64 Hvad angår omformuleringen af indekseringsklausulen skal det bemærkes, at det i basisaftalens artikel 5, stk. 3, navnlig var fastsat, at »[d]er ved beregningen af indekset [skulle] tages udgangspunkt i forbrugerprisindekset 86 (VPI 86), der er offentliggjort af den centrale østrigske statistiske myndighed (ÖSTAT), eller det følgende indeks til erstatning herfor«.

65 Det fremgår heraf, at der i basisaftalen var fastsat bestemmelser om en erstatning for den prisindeksering, som den nævnte i et efterfølgende indeks.

66 Det første tillæg erstattede det prisindeks, der er nævnt i basisaftalen, dvs. forbrugerprisindekset for 1986 (VPI 86), offentliggjort af ÖSTAT, med et nyere indeks, nemlig forbrugerprisindekset for 1996 (VPI 96), der er offentliggjort af den samme myndighed.

67 Som anført i denne doms præmis 19, blev der i dette tillæg som sammenligningsgrundlag anvendt det indeks, der var beregnet for 2001, året, hvor tillægget blev aftalt, i stedet for indekset for 1994, året, hvor basisaftalen blev indgået. Denne ajourføring af sammenligningsgrundlaget er i overensstemmelse med ajourføringen af prisindekset.

68 Det følger heraf, at det første tillæg kun anvendte bestemmelserne i basisaftalen med hensyn til ajourføringen af indekseringsklausulen.

69 Under sådanne omstændigheder må det antages, at henvisningen til et nyt prisindeks ikke udgør en ændring i de væsentlige betingelser i den oprindelige aftale, således at den udgør en ny indgåelse af en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.

70 Følgelig skal det andet spørgsmål besvares med, at begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i samme direktivs artikel 8 og 9 skal fortolkes således, at det ikke omfatter en tilpasning af den oprindelige aftale under hensyn til ændrede ydre omstændigheder, såsom en omregning til euro af de priser, der oprindeligt var udtrykt i national valuta, den ubetydelige nedsættelse af disse priser med henblik på op- eller nedrunding eller henvisningen til et nyt prisindeks, der som erstatning for det tidligere fastsatte indeks var fastsat i den oprindelige aftale.

Om det tredje spørgsmål

71 Med det tredje spørgsmål henviser den forelæggende ret til ændringerne af basisaftalen ved det andet tillæg i oktober 2005, der trådte i kraft pr. 1. januar 2006.

72 Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om en ny indgåelse af en aftale følger dels af indgåelsen af en ny klausul om afkald på retten til at opsige aftalen, dels af en højere rabat på visse af de tjenesteydelser, der er genstand for aftalen.

73 Hvad for det første angår indgåelsen af en ny klausul om afkald på retten til opsigelse inden for den periode, i hvilken en aftale indgået for en tidsubegrænset periode er gyldig, skal det bemærkes, at den praksis, som består i at indgå en offentlig

tjenesteydelsesaftale for en tidsubegrænset periode, som sådan ikke er en del af ordningen om og formålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter. En sådan praksis vil med tiden kunne hindre konkurrencen mellem mulige tjenesteydere og følgelig hindre anvendelsen af Fællesskabets direktiver om offentliggørelsen af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

74 Der er imidlertid ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin noget til hinder for indgåelsen af tidsubegrænsede offentlige tjenesteydelsesaftaler.

75 Tilsvarende kan en klausul, hvorved parterne forpligter sig til i en bestemt periode ikke at opsige en tidsubegrænset aftale, ikke på forhånd anses for at være ulovlig i forhold til fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter.

76 Som det fremgår af denne doms præmis 34, er det relevante kriterium ved vurderingen af, om indgåelsen af en sådan klausul udgør indgåelse af en ny aftale, hvorvidt den pågældende klausul skal betragtes som en væsentlig ændring af den oprindelige aftale (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 44-46).

77 Den klausul, der er tale om i hovedsagen, formaliserer afkaldet på ret til enhver opsigelse i en periode svarende til 2005-2008.

78 Det skal imidlertid bemærkes, at den i hovedsagen omhandlede aftale efter udløbet den 31. december 1999 af den i basisaftalen indeholdte klausul om afkald på retten til opsigelse ville kunne være opsagt til enhver tid med et varsel. Den var imidlertid forblevet i kraft i perioden fra 2000-2005, idet hverken den ordregivende myndighed eller tjenesteyderen gjorde brug af retten til at opsige aftalen.

79 Det fremgår ikke af sagen, at den ordregivende myndighed i perioden fra 2005-2008 — den af opsigelsesafkaldet omfattede periode — i mangel af en sådan klausul havde konkret udsigt til at afslutte den gyldige kontrakt og foretage et nyt udbud. Selv om det antages, at den havde haft til hensigt at gøre det, bevirkede varigheden af denne klausul — tre år — i dens daværende udformning ikke, at den ville have hindret myndigheden heri i usædvanlig lang tid i forhold til den tid, der krævedes for at tilrettelægge en sådan handling. Under disse omstændigheder er det ikke påvist, at en sådan opsigelsesklausul — forudsat at den ikke systematisk genindsættes i kontrakten, indebærer en risiko for at fordreje konkurrencevilkårene til skade for mulige nye tilbudsgivere. Klausulen kan følgelig ikke kvalificeres som en væsentlig ændring af den oprindelige aftale.

80 Det følger heraf, at under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder udgør det forhold, at der fastsættes en klausul om afkald på i tre år under løbetiden at opsige en tjenesteydelsesaftale, indgået på ubestemt tid, ikke en ny indgåelse af en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.

81 Hvad for det andet angår den i det andet tillæg fastsatte forhøjelse af rabatten skal det bemærkes, at der i basisaftalen for de pågældende tjenesteydelser var fastsat en pris svarende til »laveste officielle forbrugerpristrin […] fratrukket 15%«.

82 Ifølge det for Domstolen oplyste henviser dette til den af APA anvendte degressive graduering af satsen, i henhold til hvilken prisen for de pågældende tjenesteydelser nedsættes, såfremt forbruget af disse ydelser hos APA's aftalepart stiger.

83 Det fremgår også af det for Domstolen oplyste, at forhøjelsen af rabatsatsen fra 15% til 25% i det andet tillæg svarer til anvendelsen af en lavere pris. Selv om den formelle fremlæggelse er anderledes, kan den økonomiske virkning af en prisnedsættelse sammenlignes med en forhøjelse af rabatten.

84 Under disse omstændigheder kan forhøjelsen af rabatten ikke betragtes som klausuler, der er fastsat i basisaftalen.

85 For det første ændrer forhøjelsen af rabatten, der nedsætter det af tilslagsmodtageren oppebårne vederlag i forhold til det oprindeligt fastsatte, i øvrigt ikke aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren.

86 For det andet vil den blotte omstændighed, at den ordregivende myndighed opnår en højere rabat på en del af de ydelser, der er genstand for aftalen, ikke kunne fordreje konkurrencen til skade for mulige tilbudsgivere.

87 Det følger heraf, at den omstændighed, at der i en situation som den i hovedsagen foreliggende i et tillæg fastsættes større rabatter end de oprindeligt fastsatte for visse priser, bestemt på baggrund af mængderne på et givent område, ikke skal betragtes som en væsentlig ændring af aftalen, og derfor ikke kan medføre en ny indgåelse af en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 92/50.

88 Følgelig skal det tredje spørgsmål besvares med, at begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i samme direktivs artikel 8 og 9 skal fortolkes således, at det ikke omfatter en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvori en ordregivende myndighed gennem et tillæg med tilslagsmodtageren under den periode, i hvilken en tjenesteydelsesaftale indgået for en tidsubegrænset periode er gyldig, aftaler en fornyelse i tre år af en klausul om afkald på retten til at opsige aftalen, der er bortfaldet på det tidspunkt, hvor der er indgået aftale om den nye klausul, og hvor myndigheden indgår aftale med tilslagsmodtageren om at fastsætte større rabatter end de oprindeligt fastsatte for visse priser, bestemt på baggrund af mængderne på et givent område.

89 Under hensyn til besvarelsen af det første, andet og det tredje spørgsmål er det ufornødent at besvare det fjerde, femte, sjette og syvende spørgsmål.

Sagens omkostninger

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

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

1) **Begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler og begrebet »indgås« i samme direktivs artikel 8 og 9 skal fortolkes således, at det ikke omfatter en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor tjenesteydelser, som blev udført for den ordregivende myndighed af den tidligere tjenesteyder, overføres til en anden tjenesteyder, som er et kapitalselskab, hvori den tidligere tjenesteyder er eneste selskabsdeltager og kontrollerer den nye tjenesteyder gennem instrukser, for så vidt som den tidligere tjenesteyder fortsat påtager sig ansvaret for de kontraktmæssige forpligtelser.**

2) **Begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i samme direktivs artikel 8 og 9 skal fortolkes således, at det ikke omfatter en tilpasning af den oprindelige aftale under hensyn til ændrede ydre omstændigheder, såsom en omregning til euro af de priser, der oprindeligt var udtrykt i national valuta, den ubetydelige nedsættelse af disse priser med henblik på op- eller nedrunding, eller henvisningen til et nyt prisindeks, der som erstatning for det tidligere fastsatte indeks var fastsat i den oprindelige aftale.**

3) Begrebet »indgåelse« i artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 og begrebet »indgås« i samme direktivs artikel 8 og 9 skal fortolkes således, at det ikke omfatter en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvori en ordregivende myndighed gennem et tillæg med tilslagsmodtageren under den periode, i hvilken en tjenesteydelsesaftale indgået for en tidsubegrænset periode er gyldig, aftaler en fornyelse i tre år af en klausul om afkald på retten til at opsige aftalen, der er bortfaldet på det tidspunkt, hvor der er indgået aftale om den nye klausul, og hvor myndigheden indgår aftale med tilslagsmodtageren om at fastsætte større rabatter end de oprindeligt fastsatte for visse priser, bestemt på baggrund af mængderne på et givent område.

Underskrifter