DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 19 juni 2008 *

I mål C-454/06,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Bundesvergabeamt (Österrike) genom beslut av den 10 november 2006, som inkom till domstolen den 13 november 2006, i målet

ressetext Nachrichtenagentur GmbH

mot

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mitbeschränkter Haftung,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna U. Lõhmus, J.N. Cunha Rodrigues (referent), A. Ó Caoimh och A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 24 januari 2008,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— pressetext Nachrichtenagentur GmbH, genom G. Estermann, Rechtsanwalt,

— Republik Österreich (Bund), genom A. Schittengruber och C. Mayr, båda i egenskap av ombud,

— APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, genom J. Schramm, Rechtsanwalt,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann och C. Mayr, båda i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom J.-C. Gracia, i egenskap av ombud,

— Litauens regering, genom D. Kriaučiūnas, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom D. Kukovec och R. Sauer, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 13 mars 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av 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) och 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).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan pressetext Nachrichtenagentur GmbH (nedan kallat PN), å ena sidan, och Republik Österreich (Bund) (Republiken Österrike), APA-OTS Originaltext-Service GmbH (nedan kallat APA-OTS) och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (nedan kallad APA), å andra sidan, angående ett kontrakt avseende nyhetsagenturtjänster.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

3 I artikel 3.1 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna skall tillämpa förfaranden som uppfyller bestämmelserna i detta direktiv, då de ingår offentliga upphandlingskontrakt eller organiserar formgivningstävlingar.”

4 Artikel 8 i detta direktiv har följande lydelse:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 A skall upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning[arna] III–VI.”

5 I artikel 9 i nämnda direktiv anges följande:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 B skall upphandlas enligt artiklarna 14 och 16.”

6 I artikel 10 i samma direktiv föreskrivs följande:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns såväl i bilaga 1 A som i bilaga 1 B skall, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 A överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 B, upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning[arna] III–VI. I motsatt fall skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16.”

7 I artikel 11.3 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna får tilldela kontrakt om samhällstjänster genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i följande fall:

…

e) Då det gäller ytterligare tjänster som inte ingår i det ursprungligen avsedda projektet eller i det först slutna kontraktet, men som genom oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för utförandet av den däri beskrivna tjänsten under förutsättning att kontraktet tilldelas samma entreprenör:

— när sådana ytterligare tjänster av tekniska eller ekonomiska skäl inte kan avskiljas från huvudkontraktet utan stora olägenheter för de upphandlande myndigheterna,

eller

— när sådana tjänster, även om de kan skiljas från utförandet av det ursprungliga kontraktet, är oundgängligen nödvändiga för att uppdraget skall kunna slutföras helt.

Det totala, uppskattade värdet av de kontrakt som tilldelas för ytterligare tjänster får dock inte överstiga 50 % av värdet på det ursprungliga kontraktet.

f) Då det gäller nya tjänster som består i en upprepning av liknande tjänster och som anförtros den tjänsteleverantör som av samma upphandlande myndighet har tilldelats ett tidigare kontrakt, förutsatt att dessa tjänster är förenliga med ett grundläggande projekt för vilket ett första kontrakt tilldelats enligt de förfaranden som avses i punkt 4. Så snart det första projektet är aktuellt för anbudsgivning måste ett meddelande ges ut om att förhandlat förfarande kan komma att användas och den totala uppskattade kostnaden för tillkommande tjänster skall medräknas av de upphandlande myndigheterna vid tillämpningen av bestämmelserna i artikel 7. Detta förfarande får bara användas under tre år efter undertecknandet av det första kontraktet.”

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

8 APA bildades i Österrike efter andra världskriget i form av en registrerad kooperativ förening med begränsat ansvar. Nästan alla österrikiska dagstidningar och även det österrikiska radio- och TV-bolaget, ORF, var medlemmar i den kooperativa föreningen. Tillsammans med sina dotterbolag är APA marknadsledande på nyhetsagenturmarknaden i Österrike och tillhandahåller Republiken Österrike traditionellt olika nyhetsagenturtjänster.

9 PN är sedan år 1999 verksamt på den österrikiska nyhetsagenturmarknaden, men har endast i mycket liten utsträckning gjort pressmeddelanden för de österrikiska federala myndigheterna. PN har färre journalister anställda än APA och förfogar inte över ett så stort arkiv som APA.

10 År 1994 ingick Republiken Österrike, det vill säga innan den anslöt sig till Europeiska unionen, ett kontrakt (nedan kallat baskontraktet) med APA om tillhandahållande av vissa tjänster mot ersättning. Kontraktet gjorde det huvudsakligen möjligt för de österrikiska federala myndigheterna att erhålla och använda aktuell information (så kallad bastjänst), begära historisk information och historiska pressmeddelanden från en databank tillhörande APA, benämnd ”APADok”, och använda APA:s originaltexttjänst ”OTS” såväl för deras information som för att bearbeta sina egna pressmeddelanden. Databanken APADok innehåller uppgifter från bastjänsten sedan den 1 januari 1988 och meddelanden som bearbetats av OTS-tjänsten sedan den 1 juni 1989.

11 Baskontraktet ingicks för obestämd tid, med förbehåll för en klausul genom vilken parterna avstod från att säga upp kontraktet till den 31 december 1999.

12 I artikel 2 c i baskontraktet föreskrevs följande:

”För Internetförfrågningar genom APA:s informationstjänster, vilka anges i artikel 1, tar APA ut ett pris per CPU-minut (nettotid) som ersättning för användandet av det elektroniska databehandlingssystemet. Priset motsvarar det lägsta konsumtionspriset i den officiella prisskalan (för närvarande 67 ATS, HT per CPU-minut) minus 15 procent.”

13 Kontraktet innehöll även bestämmelser om tidpunkten för den första prishöjningen, maximibeloppet för varje höjning och prisindexering på grundval av konsumentprisindex för år 1986, varvid referensvärdet var det indextal som hade räknats ut för år 1994. I detta hänseende föreskrevs i artikel 5.3 i kontraktet bland annat att ”… det har särskilt bestämts att värdena på de ersättningar som föreskrivs i artikel 2 a och b ska vara oförändrade. Indexeringen ska beräknas på grundval av konsumentprisindex för år 1986 (VPI 86), som har offentliggjorts av den statistiska centralbyrån i Österrike (ÖSTAT), eller det efterföljande index som ersätter nämnda index.”

14 Under september månad 2000 bildade APA dotterbolaget APA-OTS i form av ett bolag med begränsat ansvar, som det äger till 100 procent. Mellan de båda bolagen finns ett avtal om överföring av förluster och vinster, av vilket det enligt APA och APA-OTS framgår att APA-OTS finansiellt, administrativt och ekonomiskt är integrerat i APA och att det ska leda och driva sin verksamhet i enlighet med APA:s instruktioner. APA-OTS är dessutom skyldigt att överföra sin årsvinst till APA, medan APA ska svara för APA-OTS eventuella årsförlust.

15 APA överförde verksamheten avseende sin OTS-tjänst till APA-OTS under september månad 2000. Republiken Österrike underrättades om denna förändring i oktober månad 2000. En av APA:s medarbetare, som har rätt att företräda bolaget, försäkrade de österrikiska myndigheterna om att APA efter övergången av verksamheten svarade solidariskt med APA-OTS och att det inte skulle ske någon ändring vad gäller tjänsten i dess helhet. De österrikiska myndigheterna

gav då sitt godkännande till att OTS-tjänsten skulle tillhandahållas av APA-OTS, och de betalar sedan dess ersättningen för tjänsten direkt till APA-OTS.

16 Vidare ändrades bestämmelserna i baskontraktet genom en första kontraktsändring, som beslutades år 2001 och trädde i kraft den 1 januari 2002. Genom kontraktsändringen anpassades det ursprungliga kontraktet vid övergången till euro på det sätt som anges i punkterna 17–20 i denna dom.

17 För det första ersattes det årliga avgiftsbeloppet för att använda artiklar i tidningar och tidskrifter samt mediearkiv, som tidigare uppgick till 10 080 000 ATS, med ett belopp på 800 000 euro. På grund av indexeringsklausulen borde priset för år 2002 ha uppgått till 11 043 172 ATS (som till följd av övergången till euro och efter avrundning uppgick till 802 538,61 euro). Det var emellertid inte detta belopp som fastställdes, utan det avrundade beloppet 800 000 euro, vilket motsvarar en nedsättning med 0,3 procent.

18 För det andra skulle det fastställda priset för Internetförfrågningar genom APA:s informationstjänster, som tidigare uppgick till 67 ATS per minut, vara 4,87 euro per minut. Beloppet avseende detta pris har, med förbehåll för den avrundning som genomfördes vid övergången till euro, inte ändrats.

19 För det tredje ersattes det indextal för år 1994 som hade räknats ut på grundval av konsumentprisindex för år 1986, såsom referensvärde vid beräkningen av indexeringen, med det indextal för år 2001 som hade räknats ut på grundval av konsumentprisindex för år 1996. I detta hänseende ändrades artikel 5.3 i baskontraktet, genom den första kontraktsändringen, på följande sätt:

”Det har särskilt bestämts att värdena på de ersättningar som föreskrivs i artikel 2 a och b ska vara oförändrade. Indexeringen ska beräknas på grundval av konsumentprisindex för år 1996 (VPI 96), som har offentliggjorts av den statistiska centralbyrån i Österrike (ÖSTAT), eller det efterföljande index som ersätter nämnda index.”

20 För det fjärde fastställdes vissa priser, med avvikelse från denna indexering, direkt för åren 2002–2004. Priset 8,50 ATS per rad vid inkluderande av pressmeddelanden i OTS-tjänsten ersattes nämligen med de fasta priserna 0,66 euro per rad för år 2002, 0,67 euro för år 2003 och 0,68 euro för år 2004. Om indexeringsklausulen hade tillämpats skulle priset för år 2002 ha uppgått till 9,31 ATS per rad (avrundat till 0,68 euro per rad). Priset sattes följaktligen ned med 2,94 procent för år 2002 och med 1,47 procent för år 2003.

21 Genom en andra kontraktsändring, som beslutades i oktober månad 2005 och trädde i kraft den 1 januari 2006, genomfördes ytterligare två ändringar i baskontraktet, på det sätt som anges i punkterna 22 och 23 i denna dom.

22 För det första föreskrevs att klausulen om avstående från uppsägning, som enligt vad som bestämts i baskontraktet skulle gälla till den 31 december 1999, skulle fortsätta att gälla till den 31 december 2008.

23 För det andra höjdes den rabatt som överenskommits för Internetförfrågningar genom APA:s informationstjänster, som tidigare hade fastställts till 15 procent i baskontraktet, till 25 procent. I detta hänseende ändrades artikel 2 c i baskontraktet, genom den andra kontraktsändringen, på följande sätt:

”Följande bestämmelser i [baskontraktet i dess lydelse enligt den första kontraktsändringen] ändras enligt följande från och med den 1 januari 2006:

1. I artikel 2 c skall andelen 15 procent ersättas med andelen 25 procent.

…”

24 År 2004 avgav PN ett anbud till Republiken Österrike (Bund) angående nyhetsagenturtjänster. Något kontrakt ingicks emellertid inte till följd av anbudet.

25 Genom talan som väcktes den 4 och den 19 juli 2006 yrkade PN att Bundesvergabeamt i första hand skulle fastställa att uppdelningen av baskontraktet, till följd av omstruktureringen av APA år 2000, och de kontraktsändringar som beslutades åren 2001 och 2005, som PN betecknat som ”de facto-upphandlingar”, var rättsstridiga. PN yrkade i andra hand att Bundesvergabeamt skulle fastställa att valet av de olika upphandlingsförfaranden som tvisten rör var rättsstridigt.

26 Bundesvergabeamt har med avseende på talefristerna angett att de kritiserade handlingarna visserligen ägde rum åren 2000, 2001 och 2005, men att den taleform som i nationell rätt kan användas mot rättsstridig tilldelning av kontrakt (det vill säga en fastställelsetalan med avtalshävande verkan) infördes först senare, med verkan från den 1 februari 2006. Fristen för att väcka en dylik talan uppgår till sex månader från det datum då det rättsstridiga anbudsförfarandet ägde rum. Den nationella domstolen anser att det finns anledning att tillämpa 1496 § i den österrikiska civillagen, enligt vilken preskriptionsfrister inte kan löpa om de taleformer som föreskrivs inte kan användas, under förutsättning att en sådan tillämpning är förenlig med gemenskapsrätten.

27 Mot denna bakgrund beslutade Bundesvergabeamt att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska begreppen ’ingå’ i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ’upphandla’ i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv tolkas så, att de även omfattar omständigheter när en upphandlande myndighet har för avsikt att i framtiden använda tjänster från en tjänsteleverantör i form av ett kapitalbolag, om dessa tjänster tidigare har levererats av en annan tjänsteleverantör som är ensamägare till och samtidigt kontrollerar den framtida tjänsteleverantören genom att ge denne instruktioner? Är det i ett sådant fall rättsligt relevant om den upphandlande myndigheten saknar

garanti för att bolagsandelarna i den framtida tjänsteleverantören inte överlåts, helt eller delvis, till tredje man och för att medlemssammansättningen för den ursprungligen som kooperativ förening organiserade tjänsteleverantören inte ändras under hela det ursprungliga kontraktets löptid?

2) Ska begreppen ’ingå’ i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ’upphandla’ i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv tolkas så, att de även omfattar omständigheter när en upphandlande myndighet har slutit ett kontrakt om gemensamma tjänster med tjänsteleverantörerna och de under det för obestämd tid slutna kontraktets löptid gör en överenskommelse med tjänsteleverantörerna om ändringar av ersättningen för vissa avtalade tjänster och omformulerar en indexeringsklausul, om dessa ändringar leder till ändrad ersättning och sker på grund av övergången till euro?

3) Ska begreppen ’ingå’ i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ’upphandla’ i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv tolkas så, att de även omfattar omständigheter när en upphandlande myndighet har slutit ett kontrakt om gemensamma tjänster med tjänsteleverantörerna, och de under det för obestämd tid slutna kontraktets löptid, genom en kontraktsändring, gör en överenskommelse om att för tre år förnya en vid tidpunkten för det nya kontraktet inte längre gällande klausul om avstående från uppsägning, och det vid denna kontraktsändring dessutom fastställs en högre rabatt än hittills för vissa mängdberoende priser för ett bestämt tjänsteområde?

4) Om någon av de tre första frågorna besvaras med att upphandling föreligger: Ska artikel 11.3 b i direktiv 92/50 eller andra regler i gemenskapsrätten, till exempel principen om insyn, tolkas så, att det är tillåtet för en upphandlande myndighet att upphandla tjänster genom ett enda tjänstekontrakt i ett förhandlat förfarande utan tidigare meddelande om upphandling om delar av tjänsten omfattas av en sådan ensamrätt som nämns i artikel 11.3 b i direktiv 92/50? Eller innebär principen om insyn eller andra regler i gemenskapsrätten att det vid upphandling av övervägande oprioriterade tjänster ändå ska publiceras ett meddelande om upphandling innan upphandlingen genomförs för att ge de företag som är

intresserade möjlighet att bedöma om de upphandlade tjänsterna verkligen är skyddade av ensamrätt? Eller innebär de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling att tjänsterna i ett sådant fall bara ska upphandlas i separata upphandlingsförfaranden, beroende på om det finns eller inte finns någon ensamrätt, för att åtminstone delvis möjliggöra konkurrens vid upphandlingen?

5) Om fråga 4 besvaras så att en upphandlande myndighet i ett enda upphandlingsförfarande får upphandla tjänster som inte är skyddade av ensamrätt tillsammans med tjänster som omfattas av ensamrätt: Kan ett företag som saknar rätt att förfoga över uppgifter som är skyddade av ensamrätt som innehas av ett marknadsdominerande företag motivera sin upphandlingsrättsliga kapacitet att tillhandahålla en upphandlande myndighet hela tjänsten med att hänvisa till artikel 82 EG och en ur denna bestämmelse härledd förpliktelse för det marknadsdominerande företaget som innehar ensamrätten till uppgifterna att till rimliga villkor lämna ut dem?

6) Om frågorna 1, 2 och 3 besvaras så att en ny upphandling har ägt rum genom att kontraktet delvis togs över under år 2000 och/eller genom en eller båda de nämnda kontraktsändringarna och om fråga 4 antingen ska besvaras så, att en upphandlande myndighet vid upphandling av de tjänster som inte skyddas av ensamrätt hade behövt göra en separat upphandling eller om det vid en gemensam upphandling (här: pressmeddelanden, bastjänst och nyttjanderätt till APADok) först måste publiceras ett meddelande om upphandling för att garantera insyn och möjlighet till kontroll:

Ska begreppet ’skadats’ i artiklarna 1.3 och 2.1 c i direktiv 89/665 tolkas så, att ett företag i ett fall som detta, enligt dessa bestämmelser har skadats redan när det har fråntagits möjligheten att delta i en offentlig upphandling, därför att den upphandlande myndigheten inte har publicerat ett meddelande om upphandlingen på basis av vilket företaget hade kunnat konkurrera om uppdraget, lägga ett anbud eller begära att den påstådda ensamrätten ska prövas av den behöriga myndigheten för upphandlingskontroll?

7) Ska den gemenskapsrättsliga likvärdighetsprincipen, det gemenskapsrättsliga kravet på ett effektivt rättsskydd och effektivitetsprincipen med beaktande av övriga bestämmelser i gemenskapsrätten tolkas så, att ett företag därigenom ges en subjektiv och obetingad rätt gentemot en medlemsstat att kunna göra gällande sina rättigheter hos den behöriga nationella myndigheten, för att få skadestånd på grund av en överträdelse av de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna vid tilldelning av ett kontrakt, under minst 6 månader från det att det har haft möjlighet att få kännedom om den rättsstridiga upphandlingen och måste företaget dessutom få den ytterligare tid till förfogande under vilken det inte har kunnat göra sin rätt gällande därför att nationell lagstiftning saknats, om skadeståndsanspråk som grundar sig på brister i den nationella rätten, enligt den nationella rättsordningen, i regel har en preskriptionstid på tre år från det att den skadelidande har fått kännedom om skadan och den skadevållande och preskriptionstider inte fortsätter att löpa om rättskipning saknas på ett visst rättsområde?”

Prövning av tolkningsfrågorna

28 Domstolen noterar först att även om det kontrakt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen ingicks innan Republiken Österrike anslöt sig till Europeiska unionen, ska gemenskapsbestämmelserna på området tillämpas på ett sådant kontrakt från och med dagen för statens anslutning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel, REG 1998, s. I-5357, punkt 14).

29 Bundesvergabeamt har ställt de tre första frågorna för att få klarhet i under vilka förutsättningar som ändringar av ett befintligt kontrakt mellan den upphandlande myndigheten och en tjänsteleverantör kan anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt avseende tjänster i den mening som avses i direktiv 92/50.

30 Dessa frågor besvaras inte uttryckligen i direktiv 92/50, men det ges där flera relevanta upplysningar som ska bedömas inom den allmänna ram som utgörs av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

31 Det framgår av rättspraxis att huvudsyftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att det öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater (se dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 44). Detta dubbla syfte bekräftas uttryckligen i andra, sjätte och tjugonde skälen i direktiv 92/50.

32 För att detta dubbla syfte ska kunna uppnås medför gemenskapsrätten särskilt tillämpning av principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, principen om likabehandling av anbudsgivare och den därav följande skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S, REG 1999, s. I-8291, punkt 31, av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkterna 60 och 61, och av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkterna 108 och 109).

33 Vad beträffar de kontrakt som omfattas av direktiv 92/50 och som uteslutande eller till övervägande del avser tjänster som anges i dess bilaga 1 A, medför direktivet genomförande av dessa principer och skyldigheten att lämna insyn, särskilt genom att vissa upphandlingsförfaranden ska tillämpas. Vad beträffar de kontrakt som omfattas av direktivet och som uteslutande eller till övervägande del avser tjänster som anges i bilaga 1 B till direktivet, medför detsamma inte att samma bestämmelser om upphandlingsförfaranden ska tillämpas. Denna kategori av offentliga kontrakt avseende tjänster omfattas emellertid av gemenskapsrättens grundläggande bestämmelser och den därav följande skyldigheten att lämna insyn (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-9777, punkterna 26, 30 och 31).

34 I syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna ska ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som

avses i direktiv 92/50, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-8377, punkterna 44 och 46).

35 En ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.

36 En ändring av det ursprungliga kontraktet kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. Sistnämnda tolkning vinner stöd av artikel 11.3 e och f i direktiv 92/50, genom vilken det, för sådana offentliga kontrakt avseende tjänster som uteslutande eller till övervägande del avser tjänster som anges i bilaga 1 A till direktivet, föreskrivs begränsningar för i vilken mån de upphandlande myndigheterna får tillämpa det förhandlade förfarandet för att tilldela kontrakt som även omfattar andra tjänster än de som avsågs med ett ursprungligt kontrakt.

37 En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

38 Det är med beaktande av föregående överväganden som de frågor som har ställts till domstolen ska besvaras.

Den första frågan

39 Den nationella domstolen syftar med sin första fråga på den handling genom vilken APA-OTS under år 2000 tog över tillhandahållandet av de OTS-tjänster som APA dessförinnan hade svarat för. Den nationella domstolen önskar få klarhet i frågan huruvida ett byte av medkontrahent, under sådana omständigheter som dem i målet vid den nationella domstolen, utgör en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i artiklarna 3.1, 8 och 9 i direktiv 92/50.

40 Den åtgärd genom vilken den medkontrahent som den upphandlande myndigheten först hade tilldelat kontraktet ersätts med en ny ska i regel anses utgöra en ändring av ett av de väsentliga villkoren i det offentliga kontraktet i fråga, såvida inte detta byte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom anlitande av underleverantörer.

41 Enligt beslutet om hänskjutande är APA-OTS, som bildats i form av ett bolag med begränsat ansvar, ett annat rättssubjekt än APA, som är den anbudsgivare som tilldelades det ursprungliga kontraktet.

42 Det är även utrett att den upphandlande myndigheten, efter det att APA-OTS under år 2000 hade tagit över tillhandahållandet av APA:s OTS-tjänster, erlade betalning för tjänsterna direkt till APA-OTS och inte längre till APA.

43 Övergången av verksamheten i fråga har emellertid vissa särdrag som gör det möjligt att dra slutsatsen att sådana ändringar, i en situation som den i målet vid den nationella domstolen, inte utgör en ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet.

44 Det framgår nämligen av handlingarna i målet att APA-OTS är ett dotterbolag som APA äger till 100 procent, att APA har rätt att ge instruktioner till APA-OTS och att det mellan de två enheterna finns ett kontrakt om överföring av vinster och förluster, som APA svarar för. Det framgår även av handlingarna att en person som har rätt att företräda APA försäkrade den upphandlande myndigheten om att APA efter övergången av OTS-verksamheten svarade solidariskt med APA-OTS och att det inte skulle ske någon ändring vad gäller tjänsten i dess helhet.

45 Detta utgör i sak en intern omorganisation av medkontrahenten, som inte medför någon väsentlig ändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet.

46 Den nationella domstolen önskar i detta sammanhang få klarhet i huruvida det är rättsligt relevant att den upphandlande myndigheten saknar garanti för att bolagsandelarna i APA-OTS inte kommer att överlåtas till tredje man under hela kontraktets löptid.

47 Om andelarna i APA-OTS hade överlåtits till en tredje man under löptiden för kontraktet, skulle det inte röra sig om en intern omorganisation av den ursprunglige medkontrahenten, utan om ett faktiskt byte av medkontrahent. Det skulle i princip utgöra en ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet. En sådan omständighet kan anses vara en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50.

48 Ett liknande resonemang skulle vara tillämpligt om det förutsågs redan när verksamheten i fråga överfördes till dotterbolaget att andelarna i dotterbolaget skulle överlåtas till en tredje man (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkterna 38–42).

49 Så länge som en sådan utveckling inte har ägt rum ska bedömningen i punkt 45 i denna dom, enligt vilken den betraktade situationen utgör en intern omorganisation av medkontrahenten, alltjämt anses korrekt. Den omständigheten att det inte finns

någon garanti för att andelarna i dotterbolaget inte kommer att överlåtas till tredje man under kontraktets löptid påverkar inte denna slutsats.

50 Den nationella domstolen har även frågat huruvida det är rättsligt relevant att den upphandlande myndigheten saknar garanti för att medlemssammansättningen för den ursprunglige tjänsteleverantören inte kommer att ändras under hela kontraktets löptid.

51 Det är normalt juridiska personer som tilldelas offentliga kontrakt. Om en juridisk person har bildats i form av ett aktiebolag som är noterat vid en fondbörs, följer det av dess egen natur att gruppen av aktieägare i bolaget kan ändras vid varje tidpunkt. En sådan situation innebär i princip inte att den handling genom vilken ett sådant bolag tilldelas ett offentligt kontrakt blir ogiltig. I undantagsfall skulle det kunna förhålla sig annorlunda, exempelvis beträffande manövrar som vidtas för att kringgå gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

52 Motsvarande överväganden gör sig gällande när offentliga kontrakt tilldelas juridiska personer som, såsom i målet vid den nationella domstolen, inte har bildats i form av ett aktiebolag, utan i form av en registrerad kooperativ förening med begränsat ansvar. Eventuella ändringar i sammansättningen av en sådan kooperativ förenings medlemskrets medför i princip inte någon betydande ändring av det kontrakt som föreningen tilldelats.

53 Följaktligen påverkar inte heller dessa överväganden slutsatsen i punkt 45 i denna dom.

54 Av detta följer att den första frågan ska besvaras enligt följande. Begreppen ”ingå” i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv ska tolkas så, att de inte omfattar en sådan situation som den i målet vid den nationella

domstolen, i vilken tillhandahållandet av tjänster till den upphandlande myndigheten, som dessförinnan ombesörjts av den ursprunglige tjänsteleverantören, tas över av en annan tjänsteleverantör som bildats i form av ett kapitalbolag, i vilket den ursprunglige tjänsteleverantören är den ende aktieägaren och som denne kontrollerar genom att ge instruktioner, förutsatt att den ursprunglige tjänsteleverantören alltjämt svarar för att skyldigheterna enligt kontraktet iakttas.

Den andra frågan

55 Den nationella domstolen syftar med sin andra fråga på de ändringar av baskontraktet som gjorts genom den första kontraktsändringen, som beslutades år 2001 och trädde i kraft den 1 januari 2002. Den önskar få klarhet i frågan huruvida vissa prisändringar utgör en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50.

56 Denna tolkningsfråga avser, för det första, omräkning till priser i euro utan att själva beloppet ändras, för det andra, omräkning till priser i euro åtföljd av en nedsättning av själva beloppet och, för det tredje, omformulering av en klausul om prisindexering.

57 Om ett befintligt kontrakt, till följd av övergången till euro, ändras så att de priser som ursprungligen uttrycktes i nationell valuta omräknas till euro, rör det sig inte om en betydande ändring av kontraktet, utan endast om en anpassning av detta till ändrade yttre omständigheter. Detta förutsätter att de belopp som uttrycks i euro avrundas i enlighet med gällande bestämmelser, särskilt de i rådets förordning (EG) nr 1103/97 av den 17 juni 1997 om vissa bestämmelser som har samband med införandet av euron (EGT L 162, s. 1).

58 Det rör sig om en ändring av själva beloppet för de priser som föreskrivs i det ursprungliga kontraktet, om avrundningen av de priser som omräknas till euro överstiger det belopp som tillåts i de relevanta bestämmelserna. I så fall uppkommer frågan huruvida en sådan prisändring utgör en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt.

59 Det är uppenbart att priset är ett viktigt villkor i ett offentligt kontrakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 117).

60 Man skulle riskera att åsidosätta principerna om insyn och likabehandling av anbudsgivare, om ett sådant villkor ändrades under kontraktets löptid utan att det uttryckligen var tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 121).

61 Den åtgärd genom vilken priserna enligt ett kontrakt omräknas till euro under kontraktets löptid kan emellertid åtföljas av en justering av själva beloppen utan att det ska anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt, förutsatt att en sådan justering är ytterst liten och grundar sig på en objektiv förklaring, vilket är fallet om den avser att underlätta genomförandet av kontraktet, exempelvis genom att förenkla faktureringen.

62 I målet vid den nationella domstolen sattes, för det första, det årliga avgiftsbeloppet för att använda artiklar i tidningar och tidskrifter samt mediearkiv ned med endast 0,3 procent, så att det skulle motsvara ett runt tal som kunde underlätta beräkningarna. För det andra sattes priserna per rad vid inkluderande av pressmeddelanden i OTS-tjänsten ned med 2,94 procent och med 1,47 procent för åren 2002 och 2003, så att de skulle uttryckas i runda tal som likaledes kunde underlätta beräkningarna. Förutom att prisjusteringarna avsåg mindre belopp var de till nackdel, och inte till fördel, för den som hade tilldelats kontraktet. Denne hade samtyckt till den prisnedsättning som skulle följa av de bestämmelser om omräkning och indexering som normalt tillämpas.

63 Under sådana omständigheter finner domstolen att en justering av priserna i ett offentligt kontrakt under kontraktets löptid inte är en ändring av de väsentliga villkoren i kontraktet som kan anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50.

64 Vad beträffar omformuleringen av indexeringsklausulen ska det påpekas att det i artikel 5.3 i baskontraktet bland annat föreskrevs att ”[i]ndexeringen ska beräknas på grundval av konsumentprisindex för år 1986 (VPI 86), som har offentliggjorts av den statistiska centralbyrån i Österrike (ÖSTAT), eller det efterföljande index som ersätter nämnda index”.

65 Av detta framgår att enligt baskontraktet skulle det prisindex som där angavs ersättas med ett senare index.

66 Genom den första kontraktsändringen ersattes det prisindex som angavs i baskontraktet, det vill säga konsumentprisindex för år 1986 (VPI 86), som offentliggjorts av ÖSTAT, med ett senare index, det vill säga konsumentprisindex för år 1996 (VPI 96), som offentliggjorts av samma organ.

67 Såsom har angetts i punkt 19 i denna dom tillämpades genom denna kontraktsändring det indextal som hade räknats ut för år 2001, året då kontraktsändringen beslutades, i stället för indextalet för år 1994, året då baskontraktet ingicks. Uppdateringen av referensvärdet är en logisk följd av att prisindexet uppdateras.

68 Av detta följer att det genom den första kontraktsändringen endast har skett en tillämpning av de bestämmelser i baskontraktet som avser uppdatering av indexeringsklausulen.

69 Det kan under dessa omständigheter slås fast att hänvisningen till ett nytt prisindex inte är en ändring av de väsentliga villkoren i det ursprungliga kontraktet som kan anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50.

70 Av detta följer att den andra frågan ska besvaras enligt följande. Begreppen ”ingå” i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv ska tolkas så, att de inte omfattar en anpassning av det ursprungliga kontraktet till sådana ändrade yttre omständigheter som att priser som ursprungligen uttrycktes i nationell valuta omräknas till euro, att det görs en ytterst liten nedsättning av dessa priser i syfte att de ska avrundas och att det hänvisas till ett nytt prisindex som enligt det ursprungliga kontraktet skulle ersätta det index som tidigare fastställts.

Den tredje frågan

71 Den nationella domstolen syftar med sin tredje fråga på de ändringar av baskontraktet som gjorts genom den andra kontraktsändringen, som beslutades i oktober månad 2005 och trädde i kraft den 1 januari 2006.

72 Nämnda domstol har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida de omständigheterna att det beslutas om en ny klausul om avstående från uppsägning av kontraktet och att det fastställs en höjning av den rabatt som överenskommits på priset för vissa tjänster som omfattas av kontraktet medför att det rör sig om en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt.

73 Vad, för det första, gäller den omständigheten att det beslutas om en ny klausul om avstående från uppsägning av kontraktet under löptiden för ett kontrakt som ingåtts för obestämd tid, ska det erinras om att det i sig är främmande för systemet för och

ändamålet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling att offentliga kontrakt avseende tjänster ingås för obestämd tid. Ett sådant tillvägagångssätt kan på sikt hindra konkurrensen mellan potentiella tjänsteleverantörer och tillämpningen av bestämmelserna i gemenskapsdirektiv om offentlighet i förfaranden vid offentlig upphandling.

74 För närvarande finns det i gemenskapsrätten emellertid inte något förbud mot att ingå offentliga kontrakt avseende tjänster för obestämd tid.

75 En klausul genom vilken parterna förpliktar sig att under en viss tid inte säga upp ett kontrakt som har ingåtts för obestämd tid kan vid ett första påseende inte anses vara otillåten med hänsyn till de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.

76 Såsom framgår av punkt 34 i denna dom är det relevanta kriteriet, när det gäller att avgöra huruvida det utgör en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt när det beslutas om en sådan klausul, huruvida klausulen ska anses utgöra en betydande ändring av det ursprungliga kontraktet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 44 och 46).

77 Genom den klausul som det rör sig om i målet vid den nationella domstolen formaliseras avståendet så att det omfattar varje uppsägning under åren 2005–2008.

78 Det kan emellertid noteras att det kontrakt som avses i målet vid den nationella domstolen, efter det att giltighetstiden för den i baskontraktet ingående klausulen om avstående från uppsägning hade löpt ut den 31 december 1999, när som helst hade kunnat sägas upp, med förbehåll för att det skedde genom ett meddelande. Kontraktet förblev emellertid i kraft under åren 2000–2005 till följd av att varken den upphandlande myndigheten eller tjänsteleverantören utövade sin rätt att säga upp kontraktet.

79 Det framgår inte av handlingarna i målet att den upphandlande myndigheten under åren 2005–2008, en period som klausulen om avstående från uppsägning omfattade, i avsaknad av klausulen, faktiskt skulle ha avsett att säga upp det gällande kontraktet och att åter utsätta upphandlingen för konkurrens. Även om den hade avsett att göra detta var den period som avsågs med klausulen, det vill säga tre år, inte sådan att myndigheten skulle ha varit förhindrad att göra detta under en orimligt lång tid i förhållande till den tid som krävdes för att organisera en sådan åtgärd. Det har under dessa omständigheter inte visats att en sådan klausul om avstående från uppsägning, förutsatt att den inte systematiskt återinförs i kontraktet, medför en risk för att konkurrensen snedvrids, till nackdel för potentiella nya anbudsgivare. Klausulen kan följaktligen inte anses utgöra en betydande ändring av det ursprungliga kontraktet.

80 Av det följer att den omständigheten att det under löptiden för ett kontrakt avseende tjänster som ingåtts för obestämd tid, under sådana omständigheter som dem som är aktuella i målet vid den nationella domstolen, antas en klausul om avstående från uppsägning som gäller under tre år inte kan anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50.

81 Vad, för det andra, gäller den rabatthöjning som införts genom den andra kontraktsändringen ska det erinras om att det i baskontraktet, för de aktuella tjänsterna, föreskrevs att ”[p]riset motsvarar det lägsta konsumtionspriset i den officiella prisskalan … minus 15 procent”.

82 Enligt de förklaringar som har getts till domstolen avser detta omnämnande den taxa med stegvis minskade priser som tillämpas av APA, enligt vilken priserna för de aktuella tjänsterna minskar när APA:s medkontrahent ökar konsumtionen av dessa tjänster.

83 Enligt vissa av dessa förklaringar var höjningen av rabatten från 15 till 25 procent, enligt den andra kontraktsändringen, detsamma som om det hade tagits ut ett lägre pris. Även om en prisnedsättning och en rabatthöjning har olika formell utformning, är deras ekonomiska verkan jämförbar.

84 Det kan under dessa omständigheter anses att rabatthöjningen omfattas av klausulerna i baskontraktet.

85 Rabatthöjningen, som får till verkan att ersättningen till den anbudsgivare som tilldelats kontraktet minskar i förhållande till den ersättning som ursprungligen föreskrevs, medför inte heller att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för denne.

86 Vidare kan den omständigheten att den upphandlande myndigheten får en större rabatt för en del av de tjänster som omfattas av kontraktet inte i sig leda till att konkurrensen snedvrids, till nackdel för potentiella anbudsgivare.

87 Av det föregående följer att den omständigheten att det, i en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen, genom en kontraktsändring fastställs högre rabatter än de som ursprungligen beslutats för vissa mängdberoende priser på ett bestämt område inte ska anses utgöra en betydande ändring av kontraktet. Följaktligen kan det inte anses röra sig om en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses i direktiv 92/50.

88 Den tredje frågan ska följaktligen besvaras enligt följande. Begreppen ”ingå” i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv ska tolkas så, att de inte omfattar en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen, i vilken den upphandlande myndigheten genom en kontraktsändring under löptiden för ett kontrakt avseende tjänster vilket den har ingått för obestämd tid med den anbudsgivare som har tilldelats kontraktet överenskommer med denne om att för tre år förnya en klausul om avstående från uppsägning, som inte längre gäller när den nya klausulen beslutas, och om att fastställa högre rabatter än de som ursprungligen beslutats för vissa mängdberoende priser på ett bestämt område.

89 Med hänsyn till svaren på frågorna 1–3 saknas anledning att besvara frågorna 4–7.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) Begreppen ”ingå” i artikel 3.1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv ska tolkas så, att de inte omfattar en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen, i vilken tillhandahållandet av tjänster till den upphandlande myndigheten, som dessförinnan ombesörjts av den ursprunglige tjänsteleverantören, tas över av en annan tjänsteleverantör som bildats i form av ett kapitalbolag, i vilket den ursprunglige tjänsteleverantören är den ende aktieägaren och som denne kontrollerar genom att ge instruktioner, förutsatt att den ursprunglige tjänsteleverantören alltjämt svarar för att skyldigheterna enligt kontraktet iakttas.

2) Begreppen ”ingå” i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv ska tolkas så, att de inte omfattar en anpassning av det ursprungliga kontraktet till sådana ändrade yttre omständigheter som att priser som ursprungligen uttrycktes i nationell valuta omräknas till euro, att det görs en ytterst liten nedsättning av dessa priser i syfte att de ska avrundas och att det hänvisas till ett nytt prisindex som enligt det ursprungliga kontraktet skulle ersätta det index som tidigare fastställts.

3) Begreppen ”ingå” i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv ska tolkas så, att de inte omfattar en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen, i vilken den upphandlande myndigheten genom en kontraktsändring under löptiden för ett kontrakt avseende tjänster vilket den har ingått för obestämd tid med den anbudsgivare som har tilldelats kontraktet överenskommer med denne om att för tre år förnya en klausul om avstående från uppsägning, som inte längre gäller när den nya klausulen beslutas, och om att fastställa högre rabatter än de som ursprungligen beslutats för vissa mängdberoende priser på ett bestämt område.

Underskrifter