# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
# J. KOKOTT
van 13 maart 2008 [1]

## I — Inleiding

1. In het onderhavige geval heeft het Oostenrijkse Bundesvergabeamt aan het Hof een uitermate omvangrijke reeks vragen met betrekking tot de uitlegging van verschillende gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten voorgelegd. In de kern gaat het daarbij om de uitlegging van het begrip „het plaatsen" in de zin van het aanbestedingsrecht. Inzonderheid dient te worden vastgesteld, onder welke voorwaarden de wijziging van een bestaande overeenkomst dient te worden aangemerkt als nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening, met als gevolg dat in voorkomend geval eerst een aanbestedingsprocedure dient plaats te vinden en dat ondernemingen waaraan de opdracht niet is gegund, rechtsbescherming moeten genieten.

2. De achtergrond van dit verzoek om een prejudiciële beslissing is een bittere strijd over de verrichting van nieuwsagentschapdiensten ten behoeve van de Oostenrijkse federale overheidsinstellingen, waarbij de pressetext Nachrichtenagentur, een relatief nieuwe aanbieder op de Oostenrijkse markt, rechtsmiddelen aanwendt tegen contractuele betrekkingen die sinds jaar en dag tussen de Republiek Oostenrijk en de gevestigde Austria Presse Agentur bestaan en die in de jaren 2000, 2001 en 2005 zijn gewijzigd.

## II — Juridische context

### A — *Gemeenschapsrecht*

3. De gemeenschapsrechtelijke context wordt in casu bepaald door twee aanbestedingsrichtlijnen en wel

— richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van

1 — Oorspronkelijke taal: Duits

overheidsopdrachten voor dienstverlening [2] (hierna: „Richtlijn 92/50") en

— richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken [3] in de bij richtlijn 92/50 gewijzigde versie (hierna: „Richtlijn 89/665"). [4]

## 1. Relevante bepalingen van richtlijn 92/50

4. Artikel 1, sub f, van de algemene bepalingen van titel I van richtlijn 92/50 bevat de volgende definitie:

„[In de zin van deze richtlijn] wordt onder ‚procedures van gunning via onderhandelingen' verstaan: die nationale procedures waarbij de aanbestedende dienst met door hem gekozen dienstverleners overleg pleegt en in onderhandelingen met een of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt".

5. Artikel 3 van richtlijn 92/50, dat eveneens in titel I te vinden is, luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

„1. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening of het houden van prijsvragen voor ontwerpen passen de aanbestedende diensten aan de bepalingen van deze richtlijn aangepaste procedures toe.

2. De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.

[…]"

6. In titel II van richtlijn 92/50 zijn onder het opschrift „Gedifferentieerde toepassing" de artikelen 8 tot en met 10 te vinden, die luiden als volgt:

2 — PB L 209, blz. 1. Deze richtlijn werd ingetrokken en vervangen door richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114). Deze laatste wijziging hoefde echter pas uiterlijk 31 januari 2006 te worden omgezet in nationaal recht. Aangezien deze wijziging ook niet eerder is omgezet in het Oostenrijkse recht, is zij voor de feiten van het hoofdgeding, die de jaren 2000, 2001 en 2005 betreffen, niet van belang.

3 — PB L 395, blz. 33.

4 — Verdere wijzigingen van deze richtlijn zijn te vinden in richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 335, blz. 31; hierna: „Richtlijn 2007/66"). Deze laatste wijzigingen zijn echter pas op 9 januari 2008 in werking getreden en zullen uiterlijk op 20 december 2009 omgezet moeten worden; bijgevolg zijn zij voor de feiten van het hoofdgeding niet van belang.

„*Artikel 8*

De opdrachten voor het verlenen van in bijlage IA vermelde diensten worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst.

*Artikel 9*

De opdrachten voor het verlenen van in bijlage IB vermelde diensten worden overeenkomstig de artikelen 14 en 16 geplaatst.

*Artikel 10*

De opdrachten die tegelijk betrekking hebben op in bijlage IA en in bijlage IB vermelde diensten, worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst indien de waarde van de in bijlage IA vermelde diensten hoger is dan die van de diensten welke in bijlage IB zijn vermeld en, zo niet, overeenkomstig de artikelen 14 en 16."

7. Titel III van richtlijn 92/50 heeft het opschrift „Keuze van de procedure voor het plaatsen van de opdracht; regels inzake prijsvragen voor ontwerpen". Hierin is artikel 11, lid 3, te vinden, dat de volgende regeling bevat:

„De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun overheidsopdrachten voor dienstverlening plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht:

[…]

b) in geval van diensten die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd;

[…]".

8. Artikel 31, lid 3, van richtlijn 92/50, dat onder titel VI van deze richtlijn valt, bepaalt:

„Indien de dienstverlener om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen door andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht."

2. Relevante bepalingen van richtlijn 89/665

9. Artikel 1 van richtlijn 89/665 luidt als volgt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG, tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, […] op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een eis wegens in het kader van een gunningsprocedure geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen."

10. Artikel 2 van richtlijn 89/665 bepaalt:

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

[…]

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

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

2. De in lid 1 bedoelde bevoegdheden kunnen worden opgedragen aan afzonderlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor verschillende aspecten van de beroepsprocedures.

[…]

5. De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd door een instantie die daartoe bevoegd is.

[…]”

B — *Nationaal recht*

11. Van het Oostenrijkse recht is inzonderheid § 331 van het Bundesvergabegesetz (Oostenrijkse federale wet van 2006 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten) in zijn op 1 februari 2006 in werking getreden versie [5] (hierna: „BVergG 2006”) van belang; deze paragraaf vormt de rechtsgrondslag voor de vaststellingsprocedure bij het Bundesvergabeamt en luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

„1) Een ondernemer die belang heeft bij het sluiten van een binnen de werkingssfeer van deze federale wet vallende overeenkomst, kan, voor zover hij door de gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden, verzoeken om vaststelling dat

1. de keuze voor een rechtstreekse gunning of een aanbestedingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking onrechtmatig was wegens schending van deze wet, de krachtens deze wet vastgestelde verordeningen of rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht;

[…]

4. de rechtstreekse gunning van een opdracht aan een ondernemer zonder dat andere ondernemers aan de procedure hebben deelgenomen, op grond van de bepalingen van deze wet kennelijk ontoelaatbaar was.”

12. Conform § 332, leden 2 en 3, BVergG 2006 vervalt het in § 331 BVergG 2006 voorziene recht op vaststelling uiterlijk zes maanden na de gunning.

5 — BGBl I, nr. 17/2006.

13. Uit § 132, lid 3, BVergG 2006 volgt, dat een succesvol verzoek krachtens § 331, lid 1, vierde alinea, van die wet tot nietigheid van de betreffende overeenkomst leidt, zodra de vaststelling in kracht van gewijsde is gegaan.

14. De vaststellingsprocedure moet worden onderscheiden van de vordering tot schadevergoeding, die niet bij het Bundesvergabeamt, maar bij de Oostenrijkse burgerlijke rechter ingesteld moet worden. Conform § 341, lid 2, BVergG 2006 is een succesvol verlopen vaststellingsprocedure een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de vordering tot vergoeding van schade.

## III — Feiten en hoofdgeding

15. De feiten van het onderhavige geval kunnen op grond van de in het verzoek om een prejudiciële beschikking verstrekte informatie als volgt worden samengevat.

A — *Bij de procedure betrokken nieuwsagentschappen*

16. De Austria Presse Agentur (hierna: „APA") werd na de Tweede Wereldoorlog in Oostenrijk als coöperatieve vennootschap [6] opgericht. [7] Bijna alle Oostenrijkse dagbladen en ook de Österreichische Rundfunk ORF zijn lid van deze coöperatie. Samen met de andere vennootschappen van de groep is APA marktleider op de markt van nieuwsagentschappen in Oostenrijk en verricht zij van oudsher verschillende nieuwsagentschapdiensten ten behoeve van de Republiek Oostenrijk.

17. De pressetext Nachrichtenagentur GmbH (hierna: „PN") is sinds 1999 op de Oostenrijkse markt van nieuwsagentschappen actief, maar heeft tot nu toe slechts in geringe omvang persberichten voor Oostenrijkse federale overheidsinstellingen verzorgd. Verder heeft PN minder journalistieke medewerkers dan APA en beschikt zij niet over een zo omvangrijk archief als APA. In het jaar 2004 bood PN aan de Republiek Oostenrijk nieuwsagentschapdiensten aan, wat echter niet leidde tot de totstandkoming van een overeenkomst.

6 — Uit het dossier blijkt dat het om een geregistreerde coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gaat.

7 — Een voorloper van APA, de „Österreichische Correspondenz", werd reeds in 1849 in Wenen opgericht.

B — *De litigieuze contractuele betrekkingen tussen APA en de Republiek Oostenrijk*

18. In het jaar 1994, dus nog voordat Oostenrijk lid werd van de Europese Unie, sloot de Republiek Oostenrijk een zogenoemde basisovereenkomst met APA betreffende de levering van verschillende diensten tegen vergoeding.[8] Bij deze basisovereenkomst werd het de federale overheidsinstellingen van Oostenrijk in wezen mogelijk gemaakt actuele informatie in te zien en te gebruiken (hierna: „basisdienst"), gebruik te maken van een databank van APA met historische informatie en historische persberichten („APADok" genaamd) en de oorspronkelijketekstdienst „OTS" van APA te gebruiken voor eigen interne doeleinden en als platform voor de verspreiding van eigen persberichten. De databank APADok omvat de data van de basisdienst vanaf 1 januari 1988 en de OTS-berichten vanaf 1 juni 1989.

19. De basisovereenkomst werd voor onbepaalde tijd gesloten, waarbij afstand werd gedaan van de mogelijkheid tot opzegging waardoor een beëindiging van de overeenkomst op zijn vroegst per 31 december 1999 mogelijk zou zijn geweest. In de basisovereenkomst waren ook bepalingen opgenomen met betrekking tot het tijdstip van de eerste prijsverhogingen, het maximale bedrag van elke verhoging en de indexering van prijzen op basis van de consumentenprijsindex 1986, waarbij het voor het jaar 1994 berekende indexcijfer als referentiewaarde diende.

20. In september 2000 richtte APA de thans nog steeds voor 100 % in haar bezit zijnde dochtermaatschappij APA-OTS Originaltext-Service GmbH (hierna: „APA-OTS") op. Tussen deze twee vennootschappen werd een winst- en verliesuitsluiting overeengekomen, waaruit volgens APA en APA-OTS kan worden afgeleid dat APA-OTS financieel, organisatorisch en economisch in de onderneming van APA geïntegreerd is en wat betreft haar bestuur en bedrijfsvoering gebonden is aan de instructies van APA. APA-OTS is verder verplicht haar jaarlijkse batige saldo aan APA over te dragen; als tegenprestatie is APA verplicht eventuele jaarlijkse tekorten van APA-OTS aan te vullen.

21. APA bracht haar OTS-activiteiten onder in APA-OTS. Deze wijziging werd in oktober 2000 aan de Republiek Oostenrijk meegedeeld, waarbij een vertegenwoordigingsbevoegde medewerker van APA naar aanleiding van de betreffende vraag van het Bundeskanzleramt verzekerde dat APA na de afsplitsing samen met APA-OTS „hoofdelijk" aansprakelijk was en dat de „totale prestatie" niet zou veranderen. Aansluitend verleende het Bundeskanzleramt naar eigen zeggen zijn toestemming voor de toekomstige verrichting van de OTS-diensten door APA-OTS en werden de vergoedingen voor deze diensten vanaf dat moment rechtstreeks aan APA-OTS betaald.

22. In 2001 werden de in de basisovereenkomst van 1994 opgenomen bepalingen met betrekking tot de vergoeding door middel van een eerste aanvulling gewijzigd. Behalve dat de bedragen werden omgezet van Oostenrijkse schillingen naar euro's, werden voor de opname van persberichten van de federale overheidsinstellingen in het

8 — Volgens informatie van het bij de procedure betrokken presidium van het Bundeskanzleramt ging het daarbij om de aanpassing van een reeds sinds 1946 bestaande contractuele relatie.

OTS voor de jaren 2002, 2003 en 2004 maximale vergoedingen [9] vastgesteld, die niet konden worden verhoogd. Bovendien werd de indexeringsclausule aangepast door te verwijzen naar een nieuwe index, te weten de opvolger van de in de basisovereenkomst gehanteerde index.

23. In oktober 2005 werd de basisovereenkomst in de versie van de eerste aanvulling door middel van een tweede aanvulling per 1 januari 2006 op twee punten gewijzigd: de korting op de vergoeding voor het onlinegebruik van de informatiediensten van APA werd verhoogd van 15 % naar 25 % en partijen kwamen opnieuw een afstand van de opzeggingsmogelijkheid overeen, en wel tot en met 31 december 2008.

C — *Procedure voor het Bundesvergabeamt (vaststellingsprocedure)*

24. PN is bij het Bundesvergabeamt opgekomen tegen de handelwijze in verband met de inschakeling van APA-OTS als dienstverrichter ten behoeve van de Republiek Oostenrijk en de twee aanvullingen op de basisovereenkomst tussen APA en de Republiek Oostenrijk, die naar haar opvatting inbreuk maken op het aanbestedingsrecht.

25. Op 4 en 19 juli 2006 heeft PN het Bundesvergabeamt op grond van § 331 BVergG 2006 verzocht vast te stellen dat de splitsing van de opdracht door de herstructurering van APA in 2000 en de door haar als „de-factoplaatsingen" betitelde aanvullingen in 2001 en 2005 op de basisovereenkomst onrechtmatig waren; subsidiair heeft PN verzocht om vaststelling dat de keuze voor de litigieuze aanbestedingsprocedure onrechtmatig geweest is. [10]

26. Met betrekking tot de beroepstermijnen stelt het Bundesvergabeamt vast dat de handelingen waartegen wordt opgekomen, weliswaar dateren uit de jaren 2000, 2001 en 2005, maar dat het op grond van het nationale recht tegen de onrechtmatige plaatsing van opdrachten ter beschikking staande rechtsmiddel, een vaststellingsverzoek met het rechtsgevolg van ontbinding van de overeenkomst, pas later, met ingang van 1 februari 2006, is gecreëerd. De voor dit rechtsmiddel geldende termijn bedraagt volgens het Bundesvergabeamt zes maanden vanaf de datum van de onrechtmatige gunning. Naar de opvatting van het Bundesvergabeamt dient evenwel § 1496 van het Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) (Oostenrijks burgerlijk wetboek) toepassing te vinden, op grond waarvan verjaringstermijnen niet kunnen worden tegengeworpen bij gebreke van een goede rechtsbedeling, mits deze toepassing verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

9 — Deze maximale vergoedingen zijn van toepassing, voor zover de persberichten online worden gepubliceerd.

10 — Volgens het verzoek om een prejudiciële beslissing is de primaire vordering van PN gebaseerd op § 331, lid 1, vierde alinea, en de subsidiaire vordering op § 331, lid 1, eerste alinea, BVergG 2006.

**IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procesverloop voor het Hof**

27. Bij beschikking van 7 november 2006, uitgesproken op 10 november 2006 en ingekomen ter griffie van het Hof op 13 november 2006, heeft het Bundesvergabeamt de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende vragen ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

„1) Moeten de begrippen ‚het plaatsen' in artikel 3, lid 1, en ‚geplaatst' in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50/EEG aldus worden uitgelegd dat zij mede situaties omvatten waarin een aanbestedende dienst voornemens is om voortaan diensten af te nemen van een dienstverrichter in de vorm van een kapitaalvennootschap, wanneer deze diensten voorheen werden verricht door een andere dienstverrichter, die enerzijds enig aandeelhouder is van de toekomstige dienstverrichter en anderzijds tegelijkertijd door middel van instructies de zeggenschap uitoefent over de toekomstige dienstverrichter? Is het in een dergelijk geval rechtens relevant, wanneer het daarbij voor de aanbestedende dienst niet zeker is dat tijdens de volledige looptijd van de oorspronkelijke overeenkomst het aandelenpakket in de toekomstige dienstverrichter niet geheel of gedeeltelijk aan derden wordt verkocht, noch dat de ledensamenstelling van de, oorspronkelijk als coöperatie georganiseerde, dienstverrichter tijdens de volledige looptijd van de overeenkomst ongewijzigd blijft?

2) Moeten de begrippen ‚het plaatsen' in artikel 3, lid 1, en ‚geplaatst' in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50/EEG aldus worden uitgelegd dat zij mede situaties omvatten waarin een aanbestedende dienst tijdens de geldigheidsduur van een voor onbepaalde tijd met de dienstverrichters gesloten overeenkomst inzake gemeenschappelijke dienstverrichting met deze dienstverrichters wijzigingen van de vergoedingen voor bepaalde contractuele prestaties overeenkomt en een indexeringsclausule opnieuw formuleert, wanneer deze wijzigingen leiden tot andere vergoedingen en voortvloeien uit de omschakeling op de euro?

3) Moeten de begrippen ‚het plaatsen' in artikel 3, lid 1, en ‚geplaatst' in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/50/EEG aldus worden uitgelegd dat zij mede situaties omvatten waarin een aanbestedende dienst tijdens de geldigheidsduur van een voor onbepaalde tijd met de dienstverrichters gesloten overeenkomst inzake gemeenschappelijke dienstverrichting, door middel van een wijziging van de overeenkomst met deze dienstverrichters i) een ten tijde van de sluiting van de nieuwe overeenkomst niet meer geldende afstand van de opzegmogelijkheid opnieuw voor drie jaar overeenkomt, en ii) voor bepaalde hoeveelheidafhankelijke vergoedingen een hogere korting dan daarvóór vastlegt voor een specifiek gebied van dienstverrichting?

4) In geval van bevestiging van de uitlegging van het begrip ‚het plaatsen' in de zin van een van de eerste drie vragen:

Moet artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50/EEG of moeten andere voorschriften van gemeenschapsrecht, inzonderheid het transparantiebeginsel, aldus

worden uitgelegd, dat een openbare aanbesteder opdrachten in één dienstverleningsovereenkomst volgens een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande aankondiging mag plaatsen, wanneer de diensten deels onder exclusieve rechten vallen als bedoeld in artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50/EEG? Of vereisen het transparantiebeginsel, respectievelijk andere voorschriften van gemeenschapsrecht, dat bij de aanbesteding van overwegend niet-prioritaire diensten in een dergelijk geval toch een aankondiging van opdracht wordt bekendgemaakt, om de belangstellende kringen van ondernemers in staat te stellen na te gaan of daadwerkelijk diensten worden aanbesteed die vallen onder een exclusief recht? Of vereisen de gemeenschapsrechtelijke voorschriften inzake de plaatsing van overheidsopdrachten, dat in een dergelijk geval de diensten al naar gelang of zij wel of niet onder een exclusief recht vallen, in het kader van afzonderlijke aanbestedingsprocedures worden aanbesteed, om tenminste ten dele mededinging mogelijk te maken?

5) Ingeval de vierde vraag aldus wordt beantwoord, dat een aanbestedende dienst de niet onder exclusieve rechten vallende diensten tegelijk met de wel onder exclusieve rechten vallende diensten in het kader van één aanbestedingsprocedure mag aanbesteden:

Kan een ondernemer die geen eigen recht heeft om te beschikken over gegevens die onder een exclusief recht van een onderneming met een machtspositie vallen, zijn geschiktheid, vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief, om de opdracht van de aanbestedende dienst volledig uit te voeren onderbouwen met een beroep op artikel 82 EG en de daaruit voortvloeiende verplichting van een onderneming met een machtspositie in een lidstaat van de EG die het recht heeft om over de gegevens te beschikken, om de gegevens op redelijke voorwaarden door te geven?

6) Ingeval de eerste, de tweede en de derde vraag aldus worden beantwoord, dat de gedeeltelijke overname van de overeenkomst in het jaar 2000 en/of een van de beide, respectievelijk beide wijzigingen van de overeenkomst tot nieuwe plaatsingen hebben geleid; en ingeval bovendien de vierde vraag aldus moet worden beantwoord dat een aanbestedende dienst bij de plaatsing van niet onder exclusieve rechten vallende diensten een afzonderlijke aanbesteding had moeten uitschrijven, ofwel bij de plaatsing van de volledige dienstverleningsovereenkomst (in casu persberichten, basisdienst en gebruiksrechten op APADok) de voorgenomen plaatsing van de opdracht met het oog op transparantie en controleerbaarheid vooraf had moeten aankondigen:

Moeten de begrippen ‚worden gelaedeerd' in artikel 1, lid 3, en ‚zijn gelaedeerd' in artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665/EEG aldus worden uitgelegd dat een ondernemer in een geval als het onderhavige reeds dan wordt/is gelaedeerd in de zin van deze bepalingen van richtlijn 89/665/EEG, wanneer hem de mogelijkheid van deelneming aan een aanbestedingsprocedure is ontnomen doordat de aanbestedende dienst geen aankondiging van opdracht heeft bekendgemaakt op grond waarvan de ondernemer naar de te plaatsen opdracht had kunnen meedingen, een offerte had kunnen uitbrengen of de bewering dat hier exclusieve rechten in het spel zouden zijn ter verificatie had kunnen voorleggen aan de tot controle van de plaatsing van de opdracht bevoegde autoriteit?

7) Moeten het gemeenschapsrechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel, het gemeenschapsrechtelijke vereiste van doeltreffende rechtsbescherming, respectievelijk het doeltreffendheidsbeginsel met inachtneming van de overige voorschriften van gemeenschapsrecht aldus worden uitgelegd, dat daardoor een ondernemer een subjectief en onvoorwaardelijk recht tegenover een lidstaat wordt verleend om, gedurende een termijn van ten minste zes maanden nadat hij kennis heeft kunnen nemen van een met het aanbestedingsrecht strijdige plaatsing van een opdracht, rechtsmiddelen bij de bevoegde nationale autoriteit aan te wenden teneinde vergoeding te verkrijgen van de schade voortvloeiend uit het feit dat de opdracht in strijd met de gemeenschappelijke aanbestedingsregels is gegund, welke termijn moet worden verlengd met de periode gedurende welke een dergelijk beroep wegens het ontbreken van nationale wettelijke grondslagen niet mogelijk was, wanneer naar nationaal recht in de regel een verjaringstermijn van drie jaar, te rekenen vanaf het bekend worden van de veroorzaker van de schade en de schade, geldt voor vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad, en bij gebreke van een goede rechtsbedeling op een bepaald rechtsgebied ook de verjaringstermijn niet ingaat?"

28. In de procedure voor het Hof hebben PN, APA en APA-OTS, de Republiek Oostenrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt. Verder hebben het presidium van het Oostenrijkse Bundeskanzleramt, in zijn hoedanigheid van aanbestedende dienst, en de regering van Litouwen schriftelijke opmerkingen ingediend; de Franse regering heeft mondelinge opmerkingen gemaakt.

## V — Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

29. Voordat de prejudiciële vragen ten gronde zullen worden besproken, zijn een aantal opmerkingen met betrekking tot de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing op hun plaats.

### A — *Bevoegdheid van het Bundesvergabeamt tot prejudiciële verwijzing*

30. Het Oostenrijkse Bundesvergabeamt is een krachtens de wet ingesteld, permanent orgaan dat verplichte rechtsmacht heeft in aanbestedingsrechtelijke geschillen met de Bond als opdrachtgever. [11] Het Bundesvergabeamt beslist in een contradictoire procedure op grond van de rechtsnormen van het Oostenrijkse federale recht. Daarbij treedt het zowel als rechter in eerste aanleg alsook als rechter in laatste aanleg op. [12] De leden van het Bundesvergabeamt zijn bij de vervulling van de aan hen opgedragen taken niet gebonden aan instructies en worden voor ten minste vijf jaar, ten dele ook voor onbepaalde tijd, benoemd. [13]

11 — § 291 BVergG 2006.
12 — § 291, lid 2, tweede volzin, BVergG 2006.
13 — §§ 292 en 295 BVergG 2006.

31. Derhalve is het Bundesvergabeamt een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG [14] en bevoegd tot indiening van een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof. Het Hof heeft dan ook reeds meerdere malen [15] een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Bundesvergabeamt gehonoreerd. [16]

B — *Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing in het algemeen*

32. De door APA en APA-OTS geuite bezwaren met betrekking tot de complexe en moeilijk te volgen formulering van het verzoek om een prejudiciële beslissing doen er niet aan af, dat de prejudiciële vragen in hun geheel wel begrijpelijk zijn. Uit de door het Bundesvergabeamt in de verwijzingsbeschikking gegeven toelichting kan voldoende nauwkeurig worden afgeleid, in welk feitelijk en juridisch kader deze vragen geplaatst kunnen worden en waarom het Bundesvergabeamt deze in het onderhavige geval relevant acht voor de beslissing van het geschil.

33. Met name blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat het Bundesvergabeamt met het verzoek om een prejudiciële beslissing wil vernemen of in de nationale procedure omvangrijke maatregelen van instructie met betrekking tot bepaalde feiten noodzakelijk zijn of dat het hoofdgeding ook zonder dergelijke maatregelen in staat van wijzen is.

34. In dit verband moet erop worden gewezen dat het aan de nationale rechterlijke instantie is te beslissen, in welke stand van het geding zij het Hof een prejudiciële vraag dient voor te leggen. [17] Doorslaggevend is dat de verwijzende rechter het feitelijke en juridische kader dat aan zijn verzoek om uitlegging van het gemeenschapsrecht ten grondslag ligt, genoegzaam omschrijft en dat hij het Hof alle noodzakelijke gegevens verschaft om zijn vragen op nuttige wijze te kunnen beantwoorden. [18] In tegenstelling tot de opvatting van APA en APA-OTS is dit hier het geval. Zodoende bestaat geen bezwaar tegen de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing in het algemeen.

14 — Zie voor de vaste rechtspraak met betrekking tot het begrip rechterlijke instantie, arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23); 31 mei 2005, Syfait e.a. (C-53/03, Jurispr. blz. I-4609, punt 29), en 18 oktober 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Jurispr. blz. I-8817, punt 19).

15 — Zie arresten van 14 november 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Jurispr. blz. I-10567, inzonderheid punten 25-28); 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom (C-314/01, Jurispr. blz. I-2549), en 2 juni 2005, Koppensteiner (C-15/04, Jurispr. blz. I-4855). De huidige organisatiestructuur van het Bundesvergabeamt op grond van het BVergG 2006 komt volgens de verwijzingsbeschikking in wezen overeen met die in de zaak Koppensteiner.

16 — Op vergelijkbare wijze heeft het Hof een Federale commissie van toezicht op de gunning van opdrachten, zoals deze destijds in Duitsland bestond, aangemerkt als rechterlijke instantie die tot een prejudiciële verwijzing bevoegd was (arrest Dorsch Consult, aangehaald in voetnoot 14, punt 38).

17 — Arresten van 10 juli 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Jurispr. blz. 2727, punt 10); 12 juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Jurispr. blz. I-5659, punt 39), en 17 april 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Jurispr. blz. I-2749, punt 45).

18 — Arrest Schmidberger (aangehaald in voetnoot 17, punten 40 en 41).

C — *Ontvankelijkheid van de zesde vraag in het bijzonder*

35. Een bijzonder ontvankelijkheidsprobleem bestaat echter ten aanzien van de zesde prejudiciële vraag, die de uitlegging van de begrippen schade, respectievelijk gelaedeerd worden/zijn in artikel 1, lid 3, en artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 betreft.

36. Het Bundesvergabeamt is in het hoofdgeding, een procedure op grond van § 331 BVergG 2006, uitsluitend bevoegd tot *vaststelling van een eventuele schending* van het aanbestedingsrecht en niet ook tot *toekenning van schadevergoeding*, hetgeen aan de Oostenrijkse burgerlijke rechter is voorbehouden. [19] Om die reden mag het geen prejudiciële vragen aan het Hof stellen die verband houden met de toekenning of de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding. [20]

37. Tegen deze achtergrond is de zesde prejudiciële vraag alleen ontvankelijk, voor zover zij de ontvankelijkheidseisen voor het instellen van een beroep conform artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 betreft. Voor zover de zesde vraag evenwel betrekking heeft op artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665, is zij niet ontvankelijk, omdat deze bepaling rechtstreeks betrekking heeft op de toekenning van schadevergoeding.

D — *Tussenconclusie*

38. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is derhalve in zijn geheel ontvankelijk, met uitzondering van dat gedeelte van de zesde vraag dat betrekking heeft op artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665.

## VI — Beoordeling ten gronde van de prejudiciële vragen

39. Met het uitermate uitvoerige verzoek om een prejudiciële beslissing wordt in wezen beoogd te vernemen, onder welke voorwaarden de wijziging van een bestaande overeenkomst kan worden aangemerkt als plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening, met als gevolg dat in voorkomend geval eerst een aanbestedingsprocedure dient plaats te vinden en dat ondernemingen waaraan de opdracht niet is gegund, rechtsbescherming moeten genieten.

40. De zeer interessante, ruimere vraag of het communautaire aanbestedingsrecht of

19 — Oostenrijk heeft van de in artikel 2, lid 2, van richtlijn 89/665 bedoelde mogelijkheid gebruik gemaakt om de bevoegdheden in beroepsprocedures op te dragen aan verschillende instanties.

20 — Arrest van 19 juni 2003, GAT (C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 38).

andere voorschriften van gemeenschapsrecht grenzen stellen aan het afsluiten van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd, is geen onderwerp van deze procedure. Omdat de voor onbepaalde duur gesloten basisovereenkomst van 1994 tot stand is gekomen nog voordat Oostenrijk lid werd van de Europese Unie [21], hoeft dit probleem, ook als prejudiciële vraag, niet nader te worden besproken. [22]

A — *Eerste, tweede en derde vraag*

41. Met zijn eerste drie vragen wenst het Bundesvergabeamt te vernemen, onder welke voorwaarden wijzigingen van de bestaande contractuele betrekkingen tussen een aanbestedende dienst en een dienstverrichter dienen te worden aangemerkt als nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50.

42. Deze vraag is in de rechtspraak van de gemeenschapsrechters tot op heden nog niet uitgebreid behandeld. [23]

1. Inleidende opmerking: het criterium van de wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst

43. Vooral bij duurovereenkomsten en overeenkomsten met een langere looptijd kan tijdens de uitvoering ervan een aanpassing van de inhoud noodzakelijk worden, wanneer de contractuele bepalingen — bijvoorbeeld op grond van een niet voorziene wijziging van de externe omstandigheden — niet meer doelmatig blijken te zijn. Een aanpassing van de inhoud van de overeenkomst aan de gewijzigde omstandigheden kan ertoe bijdragen dat de contractuele doelstelling beter gerealiseerd kan worden.

44. Indien het onderwerp van de oorspronkelijke overeenkomst de plaatsing van een overheidsopdracht was, leiden latere inhoudelijke wijzigingen in deze overeenkomst steeds tot de vraag of (eventueel opnieuw) een aanbestedingsprocedure dient plaats te vinden. Daarbij zal geregeld een spanningsveld ontstaan tussen het streven naar een zo efficiënt mogelijke voortzetting van de uitvoering van de opdracht aan de ene

21 — Zie in dit verband arrest van 24 september 1998, Tögel (C-76/97, Jurispr. blz. I-5357, punten 53 en 54). Anders dan de litigieuze gebeurtenissen uit de jaren 2000, 2001 en 2005, die binnen de temporele werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen, waren de aanbestedingsrichtlijnen nog niet van toepassing op de basisovereenkomst, omdat Oostenrijk in 1994 nog geen lid van de Europese Unie was.

22 — Wat het afzonderlijke probleem van de koppeling van een voor onbepaalde duur gesloten overeenkomst aan de afstand van de opzegmogelijkheid betreft, zie hieronder, inzonderheid punt 74 van deze conclusie.

23 — Een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Duitse Oberlandesgericht Rostock heeft niet geleid tot een uitspraak van het Hof (C-50/03, doorgehaald op 9 november 2004).

kant en het gebod van waarborging van de gelijkheid van kansen voor alle bestaande en toekomstige opdrachtnemers aan de andere kant.

45. In beginsel is het niet op voorhand uitgesloten dat latere inhoudelijke wijzigingen van bestaande overeenkomsten (eventueel opnieuw) aan de criteria voor de plaatsing van een overheidsopdracht voldoen, met als gevolg dat een aanbestedingsprocedure gevolgd moet worden. De rechtsbegrippen die de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten bepalen, dienen namelijk volgens vaste rechtspraak in ruime zin te worden opgevat. [24]

46. Uiteindelijk zijn echter de doelstellingen van de betreffende richtlijn bepalend voor de uitlegging van het begrip „het plaatsen". De coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten strekt ertoe, belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemers. [25] Het risico moet worden uitgesloten dat aanbestedende diensten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden en zich bij het plaatsen van opdrachten door andere dan economische overwegingen laten leiden. [26]

47. Dienovereenkomstig heeft ook richtlijn 92/50 als hoofddoel het vrije verkeer van diensten en de openstelling van de markten voor een onvervalste en zo groot mogelijke mededinging in de lidstaten te waarborgen. [27] Daarvoor is een transparante en niet discriminerende handelwijze bij de plaatsing van overheidsopdrachten voor dienstverlening noodzakelijk, zodat de gelijkheid van kansen voor alle mogelijke dienstverrichters wordt gewaarborgd.

48. Op grond van deze doelstelling is niet voor alle onbeduidende wijzigingen van overeenkomsten inzake overheidsopdrachten voor dienstverlening een voorafgaande aanbestedingsprocedure noodzakelijk. Een nieuwe aanbestedingsprocedure kan alleen worden gerechtvaardigd door een *wijziging van wezenlijke bepalingen van een overeenkomst* die daadwerkelijk ertoe kan leiden dat de mededinging op de betrokken markt wordt vervalst en dat de voorkeur wordt gegeven aan de contractspartner van de aanbestedende dienst boven mogelijke andere dienstverrichters. [28]

24 — Met betrekking tot de ruime uitlegging van verschillende begrippen die de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten bepalen, zie arresten van 27 februari 2003, Adolf Truley (C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 43); 8 september 2005, Espace Trianon en Sofibail (C-129/04, Jurispr. blz. I-7805, punt 73), en 29 november 2007, Commissie/Italië (C-119/06, punt 43).

25 — Arresten van 10 november 1998, BFI Holding (C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punt 41), 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16); 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punt 27), en 13 december 2007, Bayerischer Rundfunk e.a. (C-337/06, Jurispr. blz. I-11173, punt 38); zie ook de tweede en de zesde overweging van de considerans van richtlijn 92/50.

26 — Arresten University of Cambridge (aangehaald in voetnoot 25, punt 17), Felix Swoboda (aangehaald in voetnoot 15, punt 45) en Bayerischer Rundfunk e.a. (aangehaald in voetnoot 25, punt 36).

27 — Arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punten 44 en 47), en arrest Bayerischer Rundfunk e.a. (aangehaald in voetnoot 25, punt 39).

28 — Zie in die zin ook arresten van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punten 46, 50 en 51), en 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 117), waarin wordt gerefereerd aan de *wezenlijke* voorwaarden van een overeenkomst, respectievelijk de *wezenlijke* voorwaarden voor de aanbesteding.

49. Van een wijziging van de wezenlijke bepalingen van een overeenkomst is steeds sprake, wanneer niet kan worden uitgesloten dat andere dienstverrichters door de oorspronkelijke, minder gunstige bepalingen ervan zijn weerhouden mee te dingen naar de overheidsopdracht of dat zij op grond van de nieuwe bepalingen van de overeenkomst thans interesse zouden hebben om mee te dingen naar de overheidsopdracht of dat de opdracht thans op grond van de nieuwe contractuele bepalingen zou worden verleend aan een destijds niet gekozen gegadigde. [29]

50. Deze inleidende overwegingen dienen als uitgangspunt voor de nu volgende bespreking van de eerste drie prejudiciële vragen.

2. Eerste vraag

a) Eerste onderdeel van de eerste vraag: inschakeling van APA-OTS

51. Met het eerste onderdeel van zijn eerste vraag wenst het Bundesvergabeamt in wezen te vernemen of sprake is van een nieuwe plaatsing van een reeds bestaande overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50 wanneer een aanbestedende dienst aanvaardt dat een gedeelte van deze opdracht door een dochteronderneming van de opdrachtnemer wordt uitgevoerd, waarin deze opdrachtnemer door middel van instructies de zeggenschap uitoefent en waarvan hij enig aandeelhouder is, ook al is zijn status als enig aandeelhouder niet voor de gehele contractsduur gewaarborgd.

52. Achtergrond van deze vraag is de overheveling van de OTS-diensten in 2000 door APA naar haar dochteronderneming APA-OTS. Ongeacht of in het kader van deze herstructurering binnen de APA-groep sprake was van een „splitsing" van de overeenkomst, een contractsovername, schuldvernieuwing of schuldoverneming [30], vaststaat in ieder geval dat de betrokken diensten voortaan met toestemming van het Bundeskanzleramt rechtstreeks door APA-OTS werden verricht en dat ook de vergoedingen voor deze diensten rechtstreeks aan APA-OTS werden betaald.

53. Daardoor is sinds 2000 in ieder geval gedeeltelijk een andere dienstverrichter met de praktische uitvoering van de overeenkomst belast.

29 — Toegegeven moet worden, dat het onderscheid tussen wezenlijke en niet wezenlijke contractuele bepalingen in de praktijk niet altijd even gemakkelijk zal zijn, omdat daarvoor een beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval noodzakelijk is. Het gebruik van onduidelijke en voor velerlei interpretaties vatbare rechtsbegrippen kan echter op geen enkel rechtsgebied werkelijk worden uitgesloten. Ook in het aanbestedingsrecht is dit geen onbekend verschijnsel.

30 — Tussen de partijen in het hoofdgeding lijkt hierover geen overeenstemming te bestaan. Ook in de verwijzingsbeschikking worden verschillende begrippen gebruikt. Het is evenwel de taak van het Bundesvergabeamt vast te stellen hoe deze transactie civielrechtelijk gekwalificeerd dient te worden.

54. Een verandering van dienstverrichter gedurende de looptijd van een overheidsopdracht leidt a priori tot het vermoeden dat sprake is van een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst, aangezien een onderneming die niet in concurrentie met andere inschrijvers heeft hoeven meedingen naar de opdracht en wier uitverkiezing ook niet op een vergelijking met eventuele andere inschrijvers is gebaseerd, geheel of gedeeltelijk met de uitvoering van een overheidsopdracht wordt belast. Door een dergelijke handelwijze ontstaat het gevaar dat het aanbestedingsrecht wordt omzeild en kan ertoe leiden dat de mededinging op de betrokken markt wordt vervalst en dat de voorkeur wordt gegeven aan de nieuwe dienstverrichter boven mogelijke andere dienstverrichters.

55. De bijzondere omstandigheden van het concrete geval kunnen er echter toe leiden dat wijzigingen aan de kant van de dienstverrichter bij wijze van uitzondering geen wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst tot gevolg hebben. Hiervan is met name sprake in de volgende twee situaties.

56. De eerste situatie betreft de *inschakeling van onderaannemers* door de contractpartner van de aanbestedende dienst. Om de kring van mogelijke dienstverrichters niet bovenmatig te beperken, voorziet richtlijn 92/50 ten behoeve van aanbestedende diensten uitdrukkelijk in de mogelijkheid om opdrachten in onderaanneming te geven. [31] Kenmerkend hiervoor is dat de hoofdaannemer ook na de onderaanneming de volledige contractuele verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de gehele opdracht draagt of hiervoor in ieder geval mede aansprakelijk is.

57. De tweede situatie betreft *organisatorische wijzigingen van puur interne aard* aan de kant van de contractspartner van de aanbestedende dienst. Daarbij is het ook mogelijk dat een van zijn dochterondernemingen bij de uitvoering van de overeenkomst wordt betrokken. Hoe nauw de band tussen de opdrachtnemer en zijn dochteronderneming moet zijn, hoeft in casu niet definitief te worden beslist. In ieder geval zijn namelijk dochterondernemingen bedoeld waarop de opdrachtnemer een soortgelijk toezicht kan uitoefenen als op zijn eigen diensten. Het betrekken van een dochteronderneming bij de uitvoering van de overeenkomst lijkt dan op een inhouse opdracht [32] aan de kant van de dienstverrichter, waardoor de voorwaarden voor de uitvoering van de overheidsopdracht — althans in economisch opzicht — niet wezenlijk veranderen.

58. In beide genoemde situaties is gewaarborgd dat de veranderingen aan de kant van de dienstverrichter niet tot een vervalsing van de mededinging en dus evenmin tot een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst leiden.

31 — Zie artikel 25 en artikel 32, lid 2, sub c en h, van richtlijn 92/50 alsmede het arrest van 2 december 1999, Holst Italia (C-176/98, Jurispr. blz. I-8607, punten 26 en 27). Een beperking van onderaanneming voor de uitvoering van *wezenlijke* onderdelen van de opdracht in het nationale recht is evenwel mogelijk (arrest Siemens en ARGE Telekom, aangehaald in voetnoot 15, punt 45).

32 — Zie wat de voorwaarden voor het bestaan van een inhouse opdracht betreft, inzonderheid arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50), en arrest Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 27, punt 49), alsmede arresten van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 62), en 19 april 2007, Asemfo (C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 55); zie met betrekking tot het begrip inhouse opdracht, mijn conclusie van 1 maart 2005 in de zaak Parking Brixen, punten 1 en 2.

59. Een handeling zoals de litigieuze overheveling van de OTS-diensten naar APA-OTS in 2000 lijkt op het eerste gezicht op de plaatsing van een opdracht in onderaanneming door APA (eerste situatie). Hiervoor pleit dat de betrokken diensten thans door een andere rechtspersoon dan APA worden verricht, waarbij APA echter zelf hoofdelijk aansprakelijk blijft voor de uitvoering van de gehele overheidsopdracht, met inbegrip van de naar APA-OTS overgehevelde werkzaamheden.

60. Bij nadere beschouwing lijkt een instelling zoals APA-OTS echter veel meer op een eigen dienst van APA dan op een zelfstandige onderaannemer van APA. De inschakeling van APA-OTS bij de uitvoering van de overheidsopdracht in 2000 betreft derhalve een puur interne reorganisatie aan de kant van de dienstverrichter APA (tweede situatie).

61. Een gedeelte van de door APA te verrichten diensten wordt nu weliswaar door een andere rechtspersoon, APA-OTS, verricht, maar uit economisch oogpunt is APA-OTS geen derde, omdat zij volledig onder het toezicht van haar moederonderneming APA staat. Niet alleen doordat APA enig aandeelhouder is, maar ook doordat APA door middel van instructies zeggenschap uitoefent binnen APA-OTS en door de overeengekomen winst- en verliesuitsluiting wordt gewaarborgd dat APA als moederonderneming een soortgelijk toezicht op APA-OTS uitoefent als op haar eigen diensten. Zodoende zijn de voorwaarden voor de uitvoering van de overheidsopdracht uit economisch oogpunt niet wezenlijk veranderd.

62. De gebeurtenissen in 2000 hebben dus niet geleid tot een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst en hoefden derhalve niet als (nieuwe) plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening te worden behandeld.

63. Dat niet gedurende de gehele looptijd van de opdracht gewaarborgd is dat APA enig aandeelhouder van APA-OTS blijft, staat daaraan niet in de weg.[33] APA zou theoretisch gezien weliswaar op elk gewenst moment de aandelen in APA-OTS aan derden kunnen verkopen, doch voor de hier te beantwoorden vraag of in 2000 sprake was van een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst en dus van een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening, zijn alleen de destijds concreet voorzienbare gebeurtenissen van belang.

64. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat de verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure steeds ex ante, dat wil zeggen op het tijdstip van het verrichten van de rechtshandeling, wordt beoordeeld.[34] Zowel de aanbestedende dienst en zijn handelspartners als de niet in aanmerking genomen concurrenten moeten namelijk reeds op het tijdstip van verrichting van een handeling kunnen vaststellen of een aanbestedingsprocedure had moeten worden gevolgd of niet. Met latere omstandigheden kan hoogstens rekening worden gehouden,

33 — Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid tot ontbinding van de overeenkomst inzake winst- en verliesuitsluiting.

34 — Zie in dit verband mijn conclusie van 1 maart 2005 in de zaak Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 56). De vraag naar de *concrete voorzienbaarheid* van een verkoop van aandelen aan derden speelt ook een beslissende rol in de arresten van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punten 38-41), en 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punten 30-32), alsook het arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 67, sub c).

wanneer deze reeds op het tijdstip van de handeling duidelijk te voorzien waren.

65. Uit het dossier blijkt dat op het moment van de betrekking van APA-OTS bij de uitvoering van de overheidsopdracht geen concrete aanwijzingen bestonden voor een eventueel op handen zijnde verkoop van aandelen door APA. In deze omstandigheden blijf ik bij mijn oordeel dat een gebeurtenis zoals die van 2000 niet tot een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst heeft geleid en dat dus geen aanbestedingsprocedure noodzakelijk was.

b) Tweede onderdeel van de eerste vraag: ledensamenstelling van APA

66. Het Bundesvergabeamt wenst verder te vernemen of het in verband met een gebeurtenis zoals die van 2000 van belang is dat de ledensamenstelling van APA tijdens de looptijd van de overeenkomst gewijzigd zou kunnen worden.

67. Een dergelijke wijziging kan voor het aanbestedingsrecht slechts van belang zijn, indien deze een op zijn minst gedeeltelijke verandering van dienstverrichter tot gevolg heeft en derhalve dient te worden aangemerkt als een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst.

68. Wanneer de dienstverrichter bijvoorbeeld een samenwerkingsverband zonder eigen rechtspersoonlijkheid is, is normaliter elk lid van het samenwerkingsverband gebonden aan de overeenkomst met de aanbestedende dienst. Dan kan een wijziging in de samenstelling van het samenwerkingsverband tot gevolg hebben dat een onderneming die niet samen met andere inschrijvers heeft hoeven meedingen naar de opdracht en wier uitverkiezing niet berust op een vergelijking met eventuele andere inschrijvers, geheel of gedeeltelijk met de uitvoering van de overheidsopdracht wordt belast. Daarin zou — behoudens de boven genoemde uitzonderingen [35] — een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst besloten kunnen liggen. [36]

69. Wanneer de dienstverrichter daarentegen een rechtspersoon is, komt de overeenkomst uitsluitend tot stand tussen haar zelf en de aanbestedende dienst en leiden eventuele latere wijzigingen in de kring van aandeelhouders niet tot een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst. [37]

35 — Zie hierboven, punten 55-58 van deze conclusie.

36 — In het arrest van 23 januari 2003, Makedoniko Metro en Michaniki (C-57/01, Jurispr. blz. I-1091, punt 61), werd slechts vastgesteld dat de regeling van de samenstelling van combinaties van aannemers tot de bevoegdheden van de lidstaten behoort. Derhalve staat het aan de lidstaten om te regelen of wijzigingen van de samenstelling van deze combinaties rechtmatig zijn. Een geheel andere vraag is echter de hier te beantwoorden vraag, of dergelijke wijzigingen *na* de plaatsing van de opdracht aangemerkt dienen te worden als wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst, zodat een plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht noodzakelijk is. Dit laatste is een gemeenschapsrechtelijke vraag.

37 — Indien elke wijziging in de eigendomsverhoudingen van een rechtspersoon aanleiding zou geven tot een nieuwe aanbestedingsprocedure, zou de gunning van overheidsopdrachten aan beursgenoteerde naamloze vennootschappen, waarvan de aandeelhouders soms iedere dag verschillend zijn, nagenoeg onmogelijk worden.

70. In casu blijkt uit het dossier dat APA een „geregistreerde coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid" is. Aldus mag worden verondersteld dat APA een rechtspersoon is. Onder voorbehoud van de conclusies van het Bundesvergabeamt hieromtrent, zijn dus niet de leden van APA aan te merken als contractspartner van de Republiek Oostenrijk, maar uitsluitend APA zelf. In een dergelijk geval hebben eventuele wijzigingen in de ledensamenstelling van de coöperatie geen wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst tot gevolg.

3. Derde vraag

71. Met zijn derde vraag wenst het Bundesvergabeamt in wezen te vernemen of sprake is van een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50, wanneer de aanbestedende dienst en de dienstverrichter een tussen hen bestaande dienstverleningsovereenkomst gedurende de looptijd daarvan aldus wijzigen dat

— een eerder overeengekomen, niet meer geldende afstand van de opzegmogelijkheid opnieuw voor drie jaar wordt overeengekomen, en

— bepaalde vergoedingen afwijken van de oorspronkelijk overeengekomen vergoedingen, in die zin dat hierop voortaan een tien procent hogere korting wordt toegepast.

72. Achtergrond van deze vraag is de in 2005 tussen APA en de Republiek Oostenrijk overeengekomen tweede aanvulling op de basisovereenkomst.

a) Eerste onderdeel van de derde vraag: nieuwe vastlegging van de afstand van de opzegmogelijkheid

73. Het eerste onderdeel van de derde vraag heeft betrekking op de hernieuwde vastlegging door de contractspartijen in 2005 van de niet meer geldende afstand van de opzegmogelijkheid.

74. In aanbestedingsrechtelijk verband zou het problematisch zijn, indien in een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst ook nog eens een afstand van de opzegmogelijkheid voor langere tijd werd overeengekomen en of de opzegmogelijkheid voor de aanbestedende dienst zelfs helemaal werd uitgesloten. Een dergelijke afspraak zou namelijk op den duur elke mededinging tussen de potentiële dienstverrichters verhinderen en daardoor fundamenteel in strijd zijn met de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen.

75. Dit ligt echter anders als het gaat om een afstand van de opzegmogelijkheid zoals in casu in 2005 is overeengekomen, die slechts voor drie jaar geldt. Een dergelijke afstand van de opzegmogelijkheid kan niet reeds op voorhand als strijdig met het aanbestedingsrecht worden aangemerkt. Wel dient te worden onderzocht of niet eerst een aanbestedingsprocedure gevolgd had moeten worden. Dit hangt af van de vraag of de afstand van de opzegmogelijkheid dient te worden beschouwd als een wezenlijke wijziging ten opzichte van de bestaande basisovereenkomst. [38]

76. Om beschouwd te kunnen worden als een wijziging van een wezenlijke bepaling van een overeenkomst, moet een slechts voor enkele jaren geldende afstand van de opzegmogelijkheid ertoe kunnen leiden dat de mededinging op de betrokken markt wordt vervalst en dat aan de contractspartner van de aanbestedende dienst de voorkeur wordt gegeven boven mogelijke andere dienstverrichters. [39]

77. Dit kan slechts bij wijze van uitzondering het geval zijn, namelijk wanneer ten tijde van de vastlegging van deze afstand van de opzegmogelijkheid concrete aanknopingspunten bestonden dat de aanbestedende dienst de overeenkomst anders gedurende de overeengekomen looptijd van deze afstandsclausule zou hebben opgezegd. Alleen dan hadden namelijk andere potentiële dienstverrichters serieus kunnen hopen op een volledige of gedeeltelijke vervanging van de bestaande dienstverrichter gedurende deze periode.

78. In dit verband dient ten eerste te worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst rechtens niet verplicht was om een bestaande, zonder schending van het geldende recht tot stand gekomen overeenkomst vroegtijdig te beëindigen; door de toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie ontstond geen verplichting voor de aanbestedende dienst om de reeds bestaande basisovereenkomst op te zeggen of een nieuwe aanbestedingsprocedure te volgen. [40] Zodoende kon de Republiek Oostenrijk de dienstverleningsovereenkomst met APA sinds het verstrijken van de oorspronkelijk (in 1994) overeengekomen afstand van de opzegmogelijkheid juridisch gezien weliswaar opzeggen, maar was zij daartoe geenszins verplicht.

79. Ten tweede bestond er voor de Republiek Oostenrijk — behoudens eventuele nog door het Bundesvergabeamt vast te stellen feiten — in 2005 ook geen economische aanleiding om tijdens de nieuw overeen te komen en relatief overzienbare looptijd van de afstand van de opzegmogelijkheid, dat wil zeggen tot het einde van 2008, van dienstverlener te veranderen. Voor zover bekend, mocht de aanbestedende dienst er redelijkerwijs van uitgaan dat in de periode tot 2008 geen vergelijkbare aanbiedingen tegen gunstiger voorwaarden zouden worden gedaan die een verandering van dienstverlener met alle gevolgen vandien zouden rechtvaardigen.

80. Op grond van de beschikbare informatie heeft het feit dat partijen in 2005 opnieuw zijn overeengekomen afstand te doen van

38 — Zie hierboven, punt 48 van deze conclusie.

39 — Zie hierboven, punten 48 en 49 van deze conclusie.

40 — Zie in die zin arrest Tögel (aangehaald in voetnoot 21, punten 53 en 54).

de oppzeggingsmogelijkheid en wel voor een duur van drie jaar, geen gevaar voor concurrentievervalsing opgeleverd en kan dit derhalve niet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging ten opzichte van de basisovereenkomst.

b) Tweede onderdeel van de derde vraag: het overeenkomen van hogere prijskortingen

81. Het tweede onderdeel van de derde vraag betreft de in 2005 overeengekomen hogere prijskortingen voor het online-gebruik van de informatiediensten van APA. Terwijl in de basisovereenkomst nog een prijskorting van 15 % werd toegekend aan de Oostenrijkse overheidsdiensten, geldt sinds de tweede aanvulling op deze overeenkomst een prijskorting van 25 %.

82. Zoals reeds opgemerkt [41], kan slechts sprake zijn van een nieuwe plaatsing van een reeds bestaande overheidsopdracht voor dienstverlening, wanneer wezenlijke bepalingen van de overeenkomst worden gewijzigd. Dit geldt ook voor wijzigingen van de contractueel overeengekomen vergoedingen. Zelfs wanneer de betalingsvoorwaarden als zodanig een wezenlijke bepaling van de overeenkomst vormen [42], kan niet elke minimale wijziging van de reeds overeengekomen vergoeding meteen worden aangemerkt als essentiële wijziging van de overeenkomst.

83. Allereerst dient te worden onderzocht of de verhoging van de oorspronkelijk toegekende prijskorting met tien procent een *inhoudelijke wijziging* van de op de overheidsopdracht voor dienstverlening toepasselijke vergoedingsbepalingen vormt.

84. APA en APA-OTS voeren aan dat de thans toegekende korting van 25 % slechts een logisch gevolg is van de reeds in de basisovereenkomst opgenomen bepalingen. In de basisovereenkomst wordt namelijk reeds melding gemaakt van een door APA gebruikt progressief tarief. De nieuwe, hogere korting dient naar de opvatting van APA en APA-OTS te worden beschouwd als de toevoeging van een nieuw, lager progressief tarief aan de prijslijst van APA.

85. In dit verband dient te worden opgemerkt dat de concrete beoordeling van de in het hoofdgeding relevante feiten de taak is van het Bundesvergabeamt. In de verwijzingsbeschikking, waarin het voor de onderhavige prejudiciële procedure bij uitsluiting relevante feitelijke kader is afgebakend [43], wordt de wijziging van 15 % in 25 % als „hogere korting dan daarvóór” omschreven. Dit wijst op een inhoudelijke wijziging van de bepalingen betreffende de vergoedingen.

41 — Zie hierboven, punten 48 en 49 van deze conclusie.

42 — Zie in die zin arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta (aangehaald in voetnoot 28, punt 117).

43 — Arresten van 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri (C-482/01 en C-493/01, Jurispr. blz. I-5257, punt 42), en 12 januari 2006, Turn- en Sportunion Waldburg (C-246/04, Jurispr. blz. I-589, punt 21).

86. Hiervoor pleit ook dat reeds de oorspronkelijk toegekende prijskorting van 15 % betrekking had op het „laagste progressieve tarief". Bij de totstandkoming van de basisovereenkomst in 1994 werden aan de aanbestedende dienst dus reeds de meest gunstige tarieven berekend. In deze omstandigheden lijkt het niet aannemelijk dat de contractspartners destijds een nóg gunstigere prijsklasse voor ogen hadden of zelfs maar voor mogelijk hielden. Wanneer dan in het jaar 2005 een tien procent hogere korting wordt toegekend, die bovendien wederom betrekking heeft op het laagste tarief, is dit als een echte prijswijziging aan te merken en niet slechts als een logische ontwikkeling van de prijsberekening, zoals deze reeds was vastgelegd in de basisovereenkomst.

87. Als *wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst* kan een dergelijke prijswijziging echter alleen dan worden beschouwd, indien zij ertoe kan leiden dat de mededinging op de betrokken markt daadwerkelijk wordt vervalst en de voorkeur wordt gegeven aan de contractspartner van de aanbestedende dienst boven andere potentiële dienstverrichters.

88. Om dit te kunnen beoordelen, dient enerzijds rekening te worden gehouden met de omvang van de prijswijziging voor de betrokken dienst en dient deze prijswijziging anderzijds gerelateerd te worden aan het belang van de betrokken overheidsopdracht in zijn geheel.

89. Wat de prijswijziging als zodanig betreft, kan worden vastgesteld dat het gevaar van een vervalsing van de mededinging geringer is in het geval van een prijsverlaging dan van een prijsverhoging, omdat de aanbestedende dienst van de verlaging van de vergoedingen profiteert en daardoor bovendien normaliter de kosteneffectiviteit van de uitvoering van de opdracht wordt verbeterd.

90. Desondanks kan niet op voorhand worden uitgesloten dat ook het bedingen van een lagere vergoeding op een gegeven moment een vervalsing van de mededinging tot gevolg kan hebben. Dit is terecht aangevoerd door de regering van Litouwen.

91. Doorslaggevend is steeds, welke condities de aanbestedende dienst *op het moment van de wijziging van de overeenkomst* op de markt had kunnen krijgen. Wanneer de marktprijzen voor de in de overeenkomst vastgelegde diensten sinds de oorspronkelijke plaatsing van de overheidsopdracht algemeen zijn gedaald, biedt het bedingen van een lagere vergoeding dan daarvóór geen waarborg voor de eerbiediging van het concurrentiebeginsel en het kosteneffectiviteitsbeginsel. Veeleer dient te worden onderzocht of andere potentiële dienstverrichters op het moment van de wijziging van de overeenkomst de gewenste dienst tegen een nog gunstigere prijs hadden kunnen aanbieden aan de aanbestedende dienst dan diens bestaande contractspartner.

92. Op grond van de beschikbare informatie bestaan er evenwel geen concrete aanwijzingen dat de aanbestedende dienst in casu door middel van een aanbestedingsprocedure een nog gunstigere prijs voor een gelijkwaar-

dige dienst had kunnen krijgen dan de prijs die hij door middel van de tweede aanvulling op de basisovereenkomst met APA als dienstverrichter heeft weten te bedingen.

93. Wat ten slotte de betekenis van de doorgevoerde prijswijziging in verhouding tot de overheidsopdracht in zijn geheel betreft, is van belang dat de hogere korting slechts geldt voor een deelprestatie — het online-gebruik van de informatiediensten van APA — en niet voor alle door APA te verrichten diensten. Een met tien procent verhoogde prijskorting is weliswaar voor de betrokken deelprestatie niet zonder betekenis, maar in verhouding tot de gehele overeenkomst weegt dit duidelijk minder zwaar.

94. Uiteindelijk is het echter de taak van het Bundesvergabeamt om het belang van de prijswijziging vast te stellen, zowel met betrekking tot de betrokken deelprestatie als in verhouding tot de overheidsopdracht in zijn geheel.

95. Op grond van de informatie waar het Hof over beschikt, ben ik in ieder geval niet van mening dat een prijswijziging zoals die voortvloeit uit het in het kader van de tweede aanvulling in 2005 toegekende hogere kortingspercentage, moet worden aangemerkt als een wijziging van een wezenlijke bepaling van de overeenkomst.

4. Tweede vraag

96. Met zijn tweede vraag wenst het Bundesvergabeamt in wezen te vernemen, of sprake is van een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van richtlijn 92/50, wanneer de aanbestedende dienst en de dienstverrichter een tussen hen gesloten dienstverleningsovereenkomst gedurende de looptijd daarvan aldus wijzigen dat

— de contractueel overeengekomen vergoedingen naar aanleiding van de omschakeling op de euro niet meer in de munteenheid van de betrokken lidstaat worden uitgedrukt;

— de in de overeenkomst opgenomen indexeringsclausule onder verwijzing naar de opvolger van de tot dusver toegepaste index opnieuw geformuleerd wordt, en

— bepaalde vergoedingen afwijken van de oorspronkelijk overeengekomen vergoedingen.

97. De achtergrond van deze vraag is de in 2001 overeengekomen eerste aanvulling op de basisovereenkomst, waarbij deze wijzigingen van de vergoedingsbepalingen zijn vastgelegd.

98. Puur technische wijzigingen van de overeenkomst, die de verhouding tussen de aanbestedende dienst en zijn contractpartner niet wezenlijk beïnvloeden, vormen vanzelfsprekend geen inhoudelijke wijziging van de overeenkomst. Zij vormen nog minder een essentiële wijziging van de overeenkomst waarvoor een aanbestedingsprocedure noodzakelijk geweest zou zijn.

99. Indien een bestaande overeenkomst naar aanleiding van de omschakeling op de euro aldus wordt gewijzigd dat de oorspronkelijk overeengekomen vergoedingen thans in euro worden uitgedrukt, zonder dat deze daadwerkelijk worden verhoogd of verlaagd, is er geen sprake van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst, maar slechts van een technische aanpassing van een bestaande overeenkomst aan gewijzigde externe omstandigheden. [44] Bij deze puur technische aanpassing hoort ook de eventueel noodzakelijke afronding van de berekende eurobedragen overeenkomstig de geldende rechtsvoorschriften.

100. Insgelijks kan de toepassing van een andere dan de oorspronkelijk overeengekomen indexeringsclausule een puur technische wijziging van de overeenkomst zijn, voorzover beide indexcijfers gelijkwaardig zijn. Een dergelijke gelijkwaardigheid kan worden verondersteld op grond van de opmerking in de verwijzingsbeschikking dat de nieuwe index als opvolger van de oorspronkelijke index dient te worden beschouwd. Het Bundesvergabeamt zal echter bovendien moeten verifiëren, of ook het functioneren van de nieuwe index gelijkwaardig is aan dat van de oorspronkelijke index. Met name dienen de goederenpakketten of andere referentiewaarden waar de afzonderlijke indexcijfers betrekking op hebben, in wezen gelijkwaardig te zijn.

101. Wordt daarentegen een omrekening van een munteenheid of een verandering van index door de contractspartners aangegrepen om de oorspronkelijk overeengekomen vergoedingen ook feitelijk te wijzigen, dan gaan deze maatregelen wat hun omvang betreft verder dan een puur technische wijziging van de overeenkomst. Dan kan niet meer op voorhand worden uitgesloten dat sprake is van een essentiële wijziging van de overeenkomst met gevolgen voor de mededinging tussen dienstverrichters.

102. Blijkens de verwijzingsbeschikking hebben de aanpassingen van de basisovereenkomst door middel van de eerste aanvulling er in casu toe geleid dat voor de opneming van bepaalde persberichten van de overheidsdiensten in het OTS voor de jaren 2002, 2003 en 2004 vanaf dat moment maximale vergoedingen golden, die niet konden worden verhoogd.

103. Het Bundesvergabeamt zal moeten onderzoeken of daarmee sprake is van een essentiële wijziging ten opzichte van de in de

44 — Een aanpassing van de overeenkomst naar aanleiding van de omschakeling op de euro was niet echt noodzakelijk geweest, omdat reeds door het bestaande rechtskader werd gewaarborgd dat alle oorspronkelijk in een nationale munteenheid uitgedrukte bedragen vanaf dat moment als eurobedragen moesten worden opgevat, zonder dat dit gemoeid ging met een wijziging van de bestaande contractuele verplichtingen [zie ook artikelen 3 en 5 van verordening (EG) nr. 1103/97 van de Raad van 17 juni 1997 over enkele bepalingen betreffende de invoering van de euro (PB L 162, blz. 1)]. Zoals door APA en APA-OTS echter terecht wordt aangevoerd, kan een uitdrukkelijke aanpassing van een overeenkomst, inzonderheid in het geval van een duurovereenkomst als de onderhavige, toch nuttig zijn om de hogere administratiekosten van een steeds weer terugkerende noodzaak tot omrekening te voorkomen.

basisovereenkomst overeengekomen vergoedingen. Wat dat betreft is doorslaggevend, welke ontwikkeling met betrekking tot de in de basisovereenkomst overeengekomen geïndexeerde vergoedingen objectief gezien te verwachten was geweest op grond van de in 2001 beschikbare informatie.

104. Indien de voortaan voor de jaren 2002, 2003 en 2004 geldende maximale vergoedingen in wezen overeenkomen met de prijzen die ook bij toepassing van de in de basisovereenkomst vastgelegde indexeringsclausule zeer waarschijnlijk zouden hebben gegolden, kan geen sprake zijn van een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst.[45] Indien deze echter duidelijk afwijken van de op grond van de basisovereenkomst te verwachten prijsontwikkeling, moeten de gevolgen worden onderzocht die deze wijziging voor de mededinging heeft, waarbij de hierboven in het kader van het tweede onderdeel van de derde vraag[46] genoemde maatstaven gelden.

105. Op grond van de informatie waar het Hof over beschikt, ben ik in ieder geval van mening dat prijswijzigingen als de in het kader van de eerste aanvulling overeengekomen wijzigingen binnen de marges van de jaarlijkse prijsstijgingen lagen, zoals deze in 2001 te voorzien waren. Alleen al om deze reden vormen zij geen wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst.

45 — De in de eerste aanvulling voor de jaren 2002, 2003 en 2004 overeengekomen maximale vergoedingen per regel verschillen hiervan maar nauwelijks. Onder voorbehoud van een grondigere toetsing door het Bundesvergabeamt lijken dergelijke minimale prijsverschillen binnen de marges van de in 2001 te verwachten algemene jaarlijkse prijsontwikkeling te liggen.

46 — Zie hierboven, punten 81-95 van deze conclusie.

B — *Vierde en vijfde vraag*

106. In het kader van de vierde en de vijfde vraag, waarmee het Bundesvergabeamt ingaat op de toepasselijke aanbestedingsprocedure en op het bewijs van de geschiktheid van een dienstverrichter, wordt verondersteld dat gebeurtenissen zoals die van 2000, 2001 en 2005 als een plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening dienen te worden beschouwd.

107. Op grond van de informatie waar het Hof over beschikt, ben ik van mening dat geen van deze gebeurtenissen een dergelijke plaatsing oplevert.[47] Om die reden zal ik de vierde en de vijfde vraag slechts subsidiair bespreken.

1. Vierde vraag

108. Met zijn vierde vraag wenst het Bundesvergabeamt in wezen te vernemen of een overheidsopdracht voor dienstverlening in één dienstverleningsovereenkomst door middel van een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking mag worden geplaatst,

47 — Zie mijn uiteenzetting betreffende de eerste, de tweede en de derde vraag (punten 41-105 van deze conclusie).

wanneer de opdracht overwegend betrekking heeft op niet-prioritaire diensten en niet alle, maar slechts enkele van de te verrichten diensten onder een exclusief recht in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 vallen.

a) Prioritaire en niet-prioritaire diensten

109. In de artikelen 8 tot en met 10 van richtlijn 92/50 wordt een onderscheid gemaakt tussen prioritaire en niet-prioritaire diensten. De eerste categorie wordt gedefinieerd in bijlage I A bij de richtlijn, de tweede in bijlage I B. De achtergrond van deze regeling is dat opdrachten met betrekking tot niet-prioritaire diensten, gelet op de specifieke aard ervan, op het eerste gezicht geen grensoverschrijdend belang hebben dat zou kunnen rechtvaardigen dat de gunning ervan plaats dient te vinden na een aanbestedingsprocedure. [48]

110. Het Bundesvergabeamt gaat er net als APA en APA-OTS van uit dat nieuwsagentschapdiensten, zoals de in casu overeengekomen diensten, bestaan uit prioritaire en niet-prioritaire diensten [49], waarbij de niet-prioritaire diensten wat de waarde ervan betreft duidelijk overheersen.

111. Gesteld dat deze inschatting juist is [50], dan geldt voor de aan APA gegunde overheidsopdracht voor dienstverlening in zijn geheel de regeling met betrekking tot niet-prioritaire diensten (artikel 10 van richtlijn 92/50). Derhalve gaat het om een overheidsopdracht die onder geen enkele specifieke aanbestedingsprocedure in de zin van titel III van richtlijn 92/50 valt. [51]

b) Toepasselijkheid van het transparantievereiste

112. Ook bij plaatsingen waarvoor de aanbestedingsrichtlijnen niet voorzien in specifieke aanbestedingsprocedures, dienen volgens vaste rechtspraak niettemin de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht te

48 — Arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 25, punt 25).

49 — APA en APA-OTS zijn van mening dat hun documentatiediensten onder het werkterrein „Diensten van bibliotheken" („Library services", CPC-referentienr. 96311) en hun OTS-diensten onder het werkterrein „Elektronische nieuwsdiensten" („Electronic message and information services", CPC-referentienr. 75232) vallen.

50 — In de verwijzingsbeschikking wordt het feitelijke kader voor de beantwoording van de prejudiciële vragen omschreven; zie in dit verband de in voetnoot 43 vermelde rechtspraak.

51 — Conform artikel 9 juncto artikel 10 van richtlijn 92/50 zijn op dergelijke opdrachten (alleen) de artikelen 14 en 16 van deze richtlijn van toepassing, die voor de hier relevante vragen niet van betekenis zijn. De andere in richtlijn 92/50 vastgestelde procedureregels, met name die betreffende de verplichting een oproep tot mededinging te doen met voorafgaande bekendmaking, gelden niet voor deze opdrachten (arrest Commissie/Ierland, aangehaald in voetnoot 25, punten 23 en 24). Wel geldt het discriminatieverbod van artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 (arrest van 27 oktober 2005, Contse e.a., C-234/03, Jurispr. blz. I-9315, punt 47).

worden genomen. [52] Dat dit ook geldt voor de plaatsing van opdrachten met betrekking tot niet-prioritaire diensten, heeft het Hof pas zeer recentelijk vastgesteld. [53]

113. Dit betekent dat, wanneer een opdracht met betrekking tot niet-prioritaire diensten duidelijk van grensoverschrijdend belang is, daarop het uit de fundamentele beginselen voortvloeiende *transparantievereiste* van toepassing is, zodat deze opdracht niet zonder enige transparantie mag worden geplaatst. [54]

114. Het Bundesvergabeamt zal moeten toetsen of bij het verrichten van nieuwsagentschapdiensten, zoals in casu overeengekomen, een duidelijk grensoverschrijdend belang [55] bestaat. Daarbij dient onder meer rekening te worden gehouden met de volgende aspecten:

— voor het bestaan van een grensoverschrijdend belang pleit dat talrijke nieuwsagentschappen op internationaal niveau werkzaam zijn. Ook de toetreding van PN tot de markt in 1999 laat zien dat de Oostenrijkse markt niet volledig oninteressant is voor nieuwe aanbieders;

— op dit moment bestaande samenwerkingsovereenkomsten tussen verschillende op hun eigen nationale markten werkzame nieuwsagentschappen, zoals ter terechtzitting genoemd, sluiten niet op voorhand uit dat sommige van deze agentschappen hun werkzaamheden op een markt zoals de Oostenrijkse in de toekomst zullen willen versterken door zich zelf ter plaatse te vestigen;

— tegen een grensoverschrijdend belang pleit mogelijk het feit dat een groot gedeelte van de door Oostenrijkse federale overheidsinstellingen benodigde diensten een specifieke band vertoont met Oostenrijk, onder meer met de regionale gebeurtenissen in de verschillende deelstaten.

c) Inhoud van het transparantievereiste

115. Het transparantievereiste houdt in dat *een passende mate van openbaarheid* wordt

52 — Arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 46); zie ook arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 60); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 16); 20 oktober 2005, Commissie/Frankrijk (C-264/03, Jurispr. blz. I-8831, punt 33); ANAV (aangehaald in voetnoot 34, punt 18), en 14 juni 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, Jurispr. blz. I-4557, punt 33); zie ook beschikking van 3 december 2001, Vestergaard (C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punt 20).

53 — Arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 25, punt 29).

54 — Arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 25, punt 30); met betrekking tot het transparantievereiste, zie ook arresten Telaustria en Telefonadress (aangehaald in voetnoot 52, punt 62), Coname (aangehaald in voetnoot 52, punten 16 en 17), Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punten 46-49) en ANAV (aangehaald in voetnoot 34, punten 18-21).

55 — Arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 25, punten 29 en 30); in dezelfde zin arrest van 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Jurispr. blz. I-349, punt 67).

gegarandeerd.[56] Tot dusver staat nog niet vast, welke concrete eisen daaruit kunnen worden afgeleid voor plaatsingen waarvoor in de aanbestedingsrichtlijnen niet is voorzien in een specifieke aanbestedingsprocedure. Wel staat vast dat het transparantievereiste niet noodzakelijkerwijs een verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure inhoudt.[57]

116. Uiteindelijk staat het aan de aanbestedende dienst om in het concrete geval te beoordelen, welke mate van openbaarheid gegarandeerd moet worden zodat de markt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.[58]

117. Het transparantievereiste hoeft evenwel niet aldus te worden opgevat dat steeds een aanbestedingsprocedure gevolgd moet worden die tot in detail vergelijkbaar moet zijn met die van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.[59] Want anders zou het onderscheid tussen plaatsingen die onder deze richtlijnen vallen, en plaatsingen die daar niet onder vallen, nutteloos zijn; ook de door de gemeenschapswetgever vastgelegde financiële drempels zouden dan amper betekenis meer hebben.

118. Uit het transparantievereiste vloeien echter voor plaatsingen van opdrachten waarvoor de richtlijnen inzake overheidsopdrachten geen specifieke procedures inhouden, uiteraard geen verdergaande vereisten voort dan voor plaatsingen waarvoor dergelijke procedures wel in de richtlijnen geregeld zijn.[60] De richtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn immers niets anders dan een concretisering van het transparantievereiste voor bepaalde, zeer belangrijke plaatsingen van overheidsopdrachten.[61]

119. In het geval van overheidsopdrachten die geheel of overwegend betrekking hebben op niet-prioritaire diensten, kan het transparantievereiste dus geen hogere mate van openbaarheid eisen dan in het geval van opdrachten die geheel of overwegend prioritaire diensten betreffen.

56 — Arresten Telaustria en Telefonadress (aangehaald in voetnoot 52, punt 62), Coname (aangehaald in voetnoot 52, punten 16 en 17), Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 49) en ANAV (aangehaald in voetnoot 34, punt 21).

57 — Arresten Coname (aangehaald in voetnoot 52, punt 21); de authentieke Duitse taalversie van het arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 50) is in zoverre onduidelijk dat daarin sprake is van een „Ausschreibung", terwijl dit waarschijnlijk berust op een mislukte vertaling van de Franse uitdrukking „mise en concurrence".

58 — Arresten Telaustria en Telefonadress (aangehaald in voetnoot 52, punt 62), Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punten 49 en 50) en ANAV (aangehaald in voetnoot 34, punt 21). Nuttige informatie daaromtrent is ook te vinden in de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (PB 2006, C 179, blz. 2).

59 — Zie in dit verband reeds mijn conclusie in de zaak Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 37).

60 — Zie in die zin de conclusies van advocaat-generaal Jacobs van 2 juni 2005 in de zaak Commissie/Italië (arrest van 27 oktober 2005, C-525/03, Jurispr. blz. I-9405, punt 47), van advocaat-generaal Stix-Hackl van 14 september 2006 in de zaak Commissie/Ierland (arrest van 18 december 2007, C-532/03, Jurispr. blz. I-11353, punt 111) en van advocaat-generaal Sharpston van 18 januari 2007 in de zaak Commissie/Finland (arrest van 26 april 2007, C-195/04, Jurispr. blz. I-3351, punten 76 en 77); zie ook mijn conclusie in de zaak Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 46).

61 — Zie in die zin arrest Commissie/Ierland (aangehaald in voetnoot 25, punten 27-29); zie ook mijn conclusie in de zaak Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 32, punt 47).

120. Dit betekent voor dienstverleningsovereenkomsten die wegens de bescherming van exclusieve rechten [62] slechts door een bepaalde dienstverrichter kunnen worden uitgevoerd, dat deze opdrachten steeds door middel van een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van aankondiging van opdracht mogen worden geplaatst, ongeacht of het gaat om prioritaire of niet-prioritaire diensten. Indien een dergelijke procedure namelijk op grond van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 reeds is toegestaan voor prioritaire diensten, moeten a fortiori ook opdrachten voor niet-prioritaire diensten door middel van een dergelijke procedure geplaatst kunnen worden. In zoverre kunnen de in artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 tot uiting gebrachte beoordelingen ook worden toegepast op niet-prioritaire diensten. Als artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 geen voorafgaande bekendmaking eist, kan dit ook niet voortvloeien uit het transparantievereiste. [63]

121. De passende mate van openbaarheid die garandeert dat de markt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst, kan in het geval van diensten in de zin van artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 ook door een latere bekendmaking worden bereikt.

d) Plaatsing van een gemengde opdracht voor dienstverlening in één enkele overeenkomst

122. Blijft te beoordelen of een overheidsopdracht voor dienstverlening *in één overeenkomst* door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag worden geplaatst, wanneer niet alle, maar slechts enkele van de te verrichten diensten onder een exclusief recht in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 vallen.

123. In beginsel staat vast dat artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 een afwijking is van de regels die de doeltreffendheid beogen te verzekeren van de door het EG-Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor dienstverlening erkende rechten, en dus strikt moet worden uitgelegd. [64] Dit pleit ervoor om bij opdrachten die uit meerdere diensten zijn samengesteld, de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking slechts toe te passen op de uitdrukkelijk in artikel 11, lid 3, vermelde diensten.

124. Een dergelijke splitsing van opdrachten voor dienstverlening in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 is evenwel slechts aan de orde indien de overheidsop-

62 — De beoordeling of in het onderhavige geval sprake is van een dergelijk exclusief recht, is een taak van het Bundesvergabeamt.

63 — Zie in die zin ook de mededeling van de Commissie (aangehaald in voetnoot 58, alinea 2.1.4).

64 — Arresten van 18 november 2004, Commissie/Duitsland (C-126/03, Jurispr. blz. I-11197, punt 23), en 10 april 2003, Commissie/Duitsland (C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punt 58). Zie ook artikel 11, lid 4, van richtlijn 92/50, volgens welke „in alle andere gevallen" gebruik moet worden gemaakt van de openbare of niet-openbare procedure.

dracht deelbaar is. Daarbij is niet alleen de theoretische deelbaarheid van de opdracht maatgevend, maar moet ook rekening worden gehouden met het doel en het praktische nut van de diensten, afhankelijk van de vraag of deze door verschillende of door één enkele dienstverrichter worden verricht.

125. In casu hebben APA en APA-OTS, de Republiek Oostenrijk en het Bundeskanzleramt overtuigend uiteengezet, hoe nauw de verschillende in de basisovereenkomst overeengekomen nieuwsagentschapdiensten met elkaar samenhangen. Om die reden is het naar hun opvatting niet doelmatig om redactionele bijdragen van een bepaalde dienstverlener te betrekken en de reacties daarop via een andere dienstverrichter te verzenden, omdat dan niet gewaarborgd kan worden dat beide dienstverrichters dezelfde eindafnemers bedienen. Op een in krant A verschenen artikel kan tenslotte niet worden gereageerd met een bericht in krant B. Bovendien is volgens deze partijen ook de gebruiksvriendelijkheid van de diensten ermee gediend, dat via een gezamenlijke interface gebruik kan worden gemaakt van door middel van een netwerk verbonden databanken.

126. Voor deelbaarheid van de bestanddelen van de overeenkomst pleit bijvoorbeeld niet dat de OTS-diensten intussen door APA-OTS en niet meer door APA worden verricht. Want zoals reeds vermeld, gaat het daarbij om een puur interne reorganisatie bij de dienstverrichter. Uit economisch oogpunt is de dienstverrichter niet veranderd; APA oefent op APA-OTS een soortgelijk toezicht uit als op haar eigen diensten.[65] Verder zijn de verschillende diensten nog steeds door middel van een netwerk verbonden en kunnen zij gezamenlijk worden opgevraagd.

127. Onder voorbehoud van de concrete beoordeling van de feiten door het Bundesvergabeamt, pleit het bovenstaande tegen deelbaarheid van de dienstverleningsovereenkomst tussen de Republiek Oostenrijk en APA en dus ook tegen een verplichting tot afzonderlijke aanbesteding van de verschillende bestanddelen van de overeenkomst.

128. Daar doet ook niet aan af dat de dienstverleningsovereenkomst in casu zowel prioritaire als niet-prioritaire diensten betreft. Zoals blijkt uit artikel 10 van richtlijn 92/50, hoeft niet noodzakelijkerwijs een afzonderlijke aanbesteding voor prioritaire en niet-prioritaire diensten te worden gevolgd.[66]

129. Dit zou slechts anders zijn, indien de aanbestedende dienst diensten van verschillende aard kunstmatig onder een en dezelfde opdracht liet vallen, zonder dat er tussen deze diensten enig verband bestaat, alleen maar om aan de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke regels te ontkomen.[67] Hiervoor zijn in casu echter geen aanwijzingen te vinden. Integendeel, volgens de informatie waar het Hof over beschikt, pleiten objectieve redenen juist voor de plaatsing van alle betreffende diensten in één enkele overeenkomst.[68]

65 — Zie dienaangaande punten 20, 61 en 62 van deze conclusie.

66 — Zie ook arrest Felix Swoboda (aangehaald in voetnoot 15, punten 56 en 60).

67 — Arrest Felix Swoboda (aangehaald in voetnoot 15, punten 57 en 60).

68 — Zie punt 125 van deze conclusie.

e) Tussenconclusie

130. Samenvattend dient de vierde vraag derhalve als volgt te worden beantwoord:

Een overheidsopdracht voor dienstverlening mag in één enkele overeenkomst door middel van een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking worden geplaatst, wanneer de opdracht overwegend betrekking heeft op niet-prioritaire diensten en niet alle, maar slechts enkele van de te verrichten diensten onder een exclusief recht in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50 vallen, tenzij de afzonderlijke diensten kunstmatig onder een en dezelfde opdracht worden gevat, enkel en alleen om aan de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke regels te ontkomen.

2. Vijfde vraag

131. Met zijn vijfde vraag wenst het Bundesvergabeamt in wezen te vernemen of een ondernemer zijn geschiktheid voor de uitvoering van een overheidsopdracht voor dienstverlening kan bewijzen, enkel door te beweren dat een andere onderneming op grond van artikel 82 EG verplicht is om bepaalde gegevens op redelijke voorwaarden aan hem ter beschikking te stellen.

132. Deze vraag berust op het feit dat het verrichten van nieuwsagentschapdiensten, zoals deze door de Oostenrijkse federale overheidsinstellingen in casu worden gevraagd, de toegang tot een omvangrijk archief veronderstelt, waarin onder meer historische informatie en teksten te vinden zijn. Volgens de informatie in de verwijzingsbeschikking beschikt PN bij lange na niet over een zo omvangrijk archief van historische gegevens als APA. Verder verleent APA haar concurrenten geen toegang tot haar archieven, althans niet voor de doorverkoop van de gegevens uit de databank. Thans dient te worden onderzocht of PN als bewijs voor haar desondanks bestaande geschiktheid in de zin van artikel 31 van richtlijn 92/50 mag aanvoeren dat zij recht heeft op toegang tot de archieven van APA, inzonderheid tot haar databank APADok.

133. Daarmee wordt verwezen naar de in het mededingingsrecht besproken „essential-facilities-leer". Volgens de rechtspraak over dit onderwerp kan een gedraging in het kader van artikel 82 EG — echter alleen in uitzonderlijke omstandigheden — als misbruik worden aangemerkt, wanneer een onderneming met een machtspositie weigert een andere onderneming toegang tot onontbeerlijke goederen, diensten of gegevens („essential facilities") te verlenen. [69] In dergelijke gevallen kan uit artikel 82 EG een plicht tot sluiting van een overeenkomst voor de onderneming met de machtspositie worden afgeleid.

69 — Arresten van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, „Magill" (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punten 49-57); 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punten 38-47), en 29 april 2004, IMS Health (C-418/01, Jurispr. blz. I-5039).

134. In casu hoeft evenwel niet te worden onderzocht of een databank zoals het archief APADok van APA voor haar concurrenten onontbeerlijke gegevens bevat, en dus een „essential facility" is, en of in dit geval sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die APA ertoe verplichten haar concurrenten op redelijke voorwaarden toegang tot haar archief te verlenen.

135. Een dienstverrichter die zich, om tot een aanbestedingsprocedure te worden toegelaten, beroept op middelen van andere instellingen of ondernemingen, dient namelijk te bewijzen dat hij *werkelijk* over deze middelen kan beschikken. [70] Anders kan de aanbestedende dienst geen eenduidige vergelijking tussen diens geschiktheid en die van andere potentiële dienstverrichters maken. Indien de aanbestedende dienst vertrouwde op de *loutere mogelijkheid* dat de dienstverrichter over de betrokken middelen beschikt, zou hij het risico lopen dat hij een opdracht verleent aan een ondernemer wiens geschiktheid achteraf — dat wil zeggen in het geval van problemen met de toegang tot de benodigde middelen — te wensen overlaat. Tegelijkertijd zou hij de opdracht mogelijk onthouden aan een andere, daadwerkelijk geschikte dienstverrichter. Een dergelijke handelswijze zou in strijd zijn met het beginsel van gelijke kansen voor alle potentiële dienstverrichters en het kosteneffectiviteitsbeginsel in aanbestedingsprocedures.

70 — Arresten Holst Italia (aangehaald in voetnoot 31, punt 29) en Siemens en ARGE Telekom (aangehaald in voetnoot 15, punt 44), en arrest van 18 november 2004, Commissie/Duitsland (aangehaald in voetnoot 64, punt 22). Zie voor toekomstige gevallen ook artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, waarin deze rechtspraak thans is gecodificeerd.

136. Het is derhalve niet voldoende als een nieuwsagentschap zoals PN alleen maar stelt recht op toegang tot de archieven van APA te hebben; PN moet concreet bewijzen dat deze toegang ook daadwerkelijk wordt verleend, bijvoorbeeld in de vorm van een uitdrukkelijke toezegging of een reeds gesloten licentieovereenkomst. Anders kan zij haar geschiktheid in een aanbestedingsprocedure niet met succes onder verwijzing naar de archieven van APA bewijzen.

137. Door de in het algemeen korte termijnen waarbinnen in de aanbestedingsprocedure een beslissing moet worden genomen, is de vaak zeer veel tijd vergende beantwoording van moeilijke rechtsvragen in verband met artikel 82 EG en de „essential-facilities-leer" niet mogelijk. Een eventueel geschil omtrent deze vragen moet derhalve reeds zijn beslecht, voordat de betrokken ondernemer meedingt naar een overheidsopdracht.

138. Met betrekking tot de vijfde vraag moet derhalve worden vastgesteld dat een ondernemer zijn geschiktheid voor de uitvoering van een overheidsopdracht niet kan bewijzen door de loutere bewering dat een andere onderneming op grond van artikel 82 EG verplicht is bepaalde gegevens onder redelijke voorwaarden aan hem ter beschikking te stellen.

C — *Zesde en zevende vraag*

139. Met zijn zesde en zijn zevende vraag doelt het Bundesvergabeamt op de omvang van de rechtsbescherming die aan een door de aanbestedende dienst niet in aanmerking genomen onderneming moet worden verleend. Ook bij deze vragen wordt logischerwijs verondersteld dat de gebeurtenissen van 2000, 2001 en 2005 als plaatsing van een overheidsopdracht voor dienstverlening moeten worden aangemerkt. Hiervan gaat ook het Bundesvergabeamt in de verwijzingsbeschikking uit.

140. Op grond van de informatie waar het Hof over beschikt, ben ik, zoals reeds vermeld, van mening dat geen van deze gebeurtenissen een dergelijke plaatsing vormt. [71] Derhalve zal ik de zesde en de zevende vraag slechts subsidiair bespreken.

1. Zesde vraag

141. De zesde vraag van het Bundesvergabeamt betreft de uitlegging van de begrippen „worden gelaedeerd" in artikel 1, lid 3, en „zijn gelaedeerd" in artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665. Zoals reeds opgemerkt [72], is deze vraag alleen wat betreft artikel 1, lid 3, van deze richtlijn ontvankelijk.

142. Met zijn vraag wenst het Bundesvergabeamt in wezen te vernemen of een beroepsprocedure reeds moet worden gevolgd wanneer de verzoeker aanvoert dat hem de mogelijkheid van deelneming aan een aanbestedingsprocedure is ontnomen doordat ten onrechte geen voorafgaande bekendmaking heeft plaatsgevonden, of dat de verzoeker daartoe bovendien zijn eigen geschiktheid voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdracht moet bewijzen. In dit verband dient derhalve het *recht om beroep in te stellen* nader te worden onderzocht.

143. Op grond van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 kunnen de lidstaten het recht om in het kader van de plaatsing van overheidsopdrachten beroep in te stellen [73] op twee manieren beperken, namelijk enerzijds door het vereiste dat de verzoeker belang moet hebben bij de betrokken overheidsopdracht en anderzijds door het vereiste dat de verzoeker is of dreigt te worden gelaedeerd. Op deze wijze kunnen een actio popularis alsmede rechtsmiddelen van kennelijk kansloze gegadigden worden uitgesloten.

71 — Zie mijn zienswijze betreffende de eerste, de tweede en de derde vraag (punten 41-105 van deze conclusie).

72 — Zie in dit verband punten 35-37 van deze conclusie.

73 — De verwijzing naar overheidsopdrachten voor leveringen of voor de uitvoering van werken moet sinds de uitbreiding van de werkingssfeer van richtlijn 89/665 door richtlijn 92/50 aldus worden opgevat dat deze alle overheidsopdrachten, dus ook opdrachten voor dienstverlening, omvat. Dat alleen artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 dienovereenkomstig is aangepast en niet lid 3 daarvan, lijkt te berusten op een redactionele omissie van de gemeenschapswetgever. Voor toekomstige gevallen is dit hersteld door richtlijn 2007/66.

144. Daarbij mag echter geen inbreuk worden gemaakt op de nuttige werking van de richtlijn. [74] De beperkingen van het recht om beroep in te stellen moeten derhalve worden uitgelegd in het licht van de dubbele doelstelling van de richtlijn om enerzijds aan eenieder een *doeltreffende rechtsbescherming* bij de plaatsing van overheidsopdrachten te bieden en anderzijds een passende *controle van de rechtmatigheid* van de besluiten van aanbestedende diensten mogelijk te maken.

145. Blijkens de eerste en de tweede overweging van de considerans ervan is richtlijn 89/665 immers bedoeld ter versterking van de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de doeltreffende toepassing van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten moeten waarborgen; daartoe verplicht artikel 1, lid 1, van deze richtlijn de lidstaten ertoe te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen onwettige besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld. [75]

146. Op grond hiervan mag het recht om beroep in het kader van aanbestedingen in te stellen niet meer dan noodzakelijk worden beperkt. Inzonderheid mogen aan de *ontvankelijkheid* van een dergelijk beroep niet dezelfde eisen worden gesteld als aan de *gegrondheid* ervan. [76]

147. Het kan dus niet de bedoeling zijn reeds bij het instellen van het beroep van de betrokkene een concreet bewijs te verlangen dat hij daadwerkelijk is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd. Voor het recht om beroep in te stellen moet het voldoende zijn dat de betrokkene — naast de schending van het recht door de aanbestedende dienst — zijn belang bij de betrokken opdracht alsmede de *mogelijkheid* van het optreden van schade *gemotiveerd stelt*.

148. De mogelijkheid van het optreden van schade dient te worden verondersteld, wanneer niet kennelijk uitgesloten is dat de opdracht zonder de gestelde schending van het recht door de aanbestedende dienst aan de verzoekende partij zou zijn gegund. Indien de overheidsopdracht — zoals in het onderhavige geval — door rechtstreekse gunning [77] zonder voorafgaande bekendmaking is geplaatst, vloeit reeds uit deze ontneming van de mogelijkheid van deelneming aan de aanbestedingsprocedure — waarvan de rechtmatigheid wordt betwist — voort dat de verzoekende partij mogelijkerwijs een opdracht is misgelopen en daardoor gelaedeerd is. [78]

74 — Arresten van 19 juni 2003, Fritsch, Chiari & Partner e.a. (C-410/01, Jurispr. blz. I-6413, punten 31 en 34); 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 72), en 12 februari 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Jurispr. blz. I-1829, punt 42).

75 — Arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 33 en 34); arresten Fritsch, Chiari & Partner e.a. (aangehaald in voetnoot 74, punt 30), Universale-Bau e.a. (aangehaald in voetnoot 74, punt 74) en Grossmann Air Service (aangehaald in voetnoot 74, punt 36).

76 — Het enkele feit dat *aan het einde van de beroepsprocedure* eventueel niet kan worden aangetoond dat schade is ontstaan of dreigde te ontstaan, is nog geen reden om het beroep als zodanig niet-ontvankelijk te verklaren; zie in die zin arrest van 19 juni 2003, Hackermüller (C-249/01, Jurispr. blz. I-6319, punt 27).

77 — Ook „onderhandse gunning" genoemd.

78 — In die zin ook het Duitse Bundesverfassungsgericht, beschikking van 29 juli 2004 (2 BvR 2248/03, punt 36 aan het einde).

149. Een concreet bewijs van zijn geschiktheid kan van de betrokkene in het kader van zijn beroep net zo min worden verlangd als het bewijs dat de opdracht zonder de gestelde schending van het recht aan hem zou zijn gegund.[79] Anders zou de toegang tot de beroepsprocedure de facto onmogelijk worden gemaakt of in ieder geval ernstig worden belemmerd.[80] Vooral bij een rechtstreekse gunning zoals in het onderhavige geval, waarin geen voorafgaande bekendmaking is geschied, is het voor de betrokkene nauwelijks mogelijk om zijn geschiktheid aan te tonen, omdat hij zeer waarschijnlijk niet beschikt over concrete informatie met betrekking tot de door de aanbestedende dienst gestelde eisen.

150. Het beroep kan slechts bij wijze van uitzondering reeds a limine met een beroep op de ongeschiktheid van de betrokkene niet-ontvankelijk worden verklaard, namelijk wanneer zijn ongeschiktheid reeds op het moment van instellen van het beroep dusdanig apert is dat geen nader onderzoek noodzakelijk is. Al het overige dient in het kader van de gegrondheid van het beroep te worden onderzocht.

151. Met betrekking tot de zesde vraag dient derhalve te worden vastgesteld dat een beroep in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 reeds ontvankelijk is, indien de verzoekende partij haar belang bij de overheidsopdracht, de schending van het recht en de mogelijk reeds opgetreden of dreigende schade gemotiveerd stelt. Indien de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking is geplaatst, vloeit reeds uit de ontneming van de mogelijkheid van deelneming aan de aanbestedingsprocedure voort dat de verzoekende partij mogelijk is gelaedeerd, tenzij zij kennelijk ongeschikt is om de opdracht uit te voeren.

79 — In die zin ook het Bundesverfassungsgericht (aangehaald in voetnoot 78, punten 26 en 29).

80 — Zie in die zin — weliswaar met betrekking tot de toekenning van schadevergoeding — de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 10 oktober 2002 in de zaak GAT (aangehaald in voetnoot 20, punt 66).

2. Zevende vraag

152. Met zijn zevende vraag wenst het Bundesvergabeamt in wezen te vernemen of het verenigbaar is met het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel, dat het nationale recht een aanbestedingsrechtelijk vaststellingsverzoek, dat een dwingende voorwaarde voor een latere eis tot schadevergoeding is, bindt aan een vervaltermijn van ten hoogste zes maanden vanaf de datum van de gestelde onrechtmatige gunning. Het Bundesvergabeamt vraagt zich verder af of het doeltreffendheidsbeginsel gebiedt, bij voornoemde termijn van zes maanden de eventuele tijdvakken op te tellen gedurende welke naar nationaal recht geen doeltreffend rechtsmiddel voorhanden was.

153. De achtergrond van deze vraag is dat PN haar beroep pas in juli 2006 bij het Bundesvergabeamt heeft ingesteld; dit is weliswaar binnen zes maanden na de inwerkingtreding op 1 februari 2006 van de nieuwe procesregels van § 331 BVergG 2006, maar meer dan zes maanden na de litigieuze gebeurtenissen van 2000, 2001 en 2005. Naar de opvatting van het Bundesvergabeamt kunnen rechtstreekse gunningen („de-factoplaatsingen") in Oostenrijk pas sinds de inwerkingtreding van § 331 BVergG 2006 „doeltreffend […] worden betwist".

154. In richtlijn 89/665 worden de termijnen voor de in artikel 1 genoemde beroepsprocedures niet uitdrukkelijk geregeld.

155. Het uitgangspunt voor de beantwoording van de aan het Hof voorgelegde vraag is derhalve het beginsel van *procesautonomie* van de lidstaten. [81] Volgens vaste rechtspraak is het bij gebreke van communautaire regelgeving een aangelegenheid van de interne rechtsorde van de lidstaten om de bevoegde instanties aan te wijzen en de procesregels te geven teneinde de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, doch deze regels mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (*gelijkwaardigheidsbeginsel*), en deze mogen de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (*doeltreffendheidsbeginsel*). [82] Beide beginselen zijn terug te vinden in artikel 1 van richtlijn 89/665: het gelijkwaardigheidsbeginsel in lid 2 en het doeltreffendheidsbeginsel in lid 1.

156. Het *gelijkwaardigheidsbeginsel* is een uitdrukking van het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie, [83] dat vereist dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld. [84]

157. De Commissie alsmede APA en APA-OTS hebben in dit verband terecht gewezen op de bijzondere kenmerken van de aanbestedingsrechtelijke beroepsprocedure. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 verlangt bijvoorbeeld van de lidstaten dat deze de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat *zo snel mogelijk* beroep kan worden ingesteld tegen schendingen van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten. Daarmee wordt enerzijds beoogd een doeltreffende rechtsbescherming te waarborgen en anderzijds zo snel mogelijk rechtszekerheid te creëren. Deze doelstelling rechtvaardigt dat voor beroepen in de zin van richtlijn 89/665 in voorkomend geval kortere termijnen gelden dan de verjaringstermijnen die naar nationaal recht voor vorderingen tot schadevergoeding gelden.

158. Het gelijkwaardigheidsbeginsel staat dus niet in de weg aan de in § 332, lid 2 en 3, BVergG 2006 voor beroepen voorziene vervaltermijn van zes maanden ook wanneer de algemene verjaringstermijn voor

81 — Arrest Universale-Bau e.a. (aangehaald in voetnoot 74, punt 71); zie, met betrekking tot het begrip *procesautonomie*, arresten van 7 januari 2004, Wells (C-201/02, Jurispr. blz. I-723, punt 67); 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 95), en 28 juni 2007, Bonn Fleisch (C-1/06, Jurispr. blz. I-5609, punt 41).

82 — Arresten van 19 december 1968, Salgoil (13/68, Jurispr. blz. 632, 645); 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5); 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12); 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punten 39 en 43), en 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 28).

83 — Zie mijn conclusie van 9 januari 2008 in de zaak Impact (C-268/06, punt 67); zie, met betrekking tot het beginsel van gelijke behandeling, de vaste rechtspraak, in het bijzonder arresten van 12 september 2006, Eman en Sevinger (C-300/04, Jurispr. blz. I-8055, punt 57); 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Jurispr. blz. I-3633, punt 56), en 11 september 2007, Lindorfer/Raad (C-227/04 P, Jurispr. blz. I-6767, punt 63).

84 — Zie in die zin ook — weliswaar met betrekking tot de terugbetaling van heffingen — arrest van 15 september 1998, Edis (C-231/96, Jurispr. blz. I-4951, punt 37).

vorderingen tot schadevergoeding naar nationaal recht langer is.

159. Met betrekking tot het *doeltreffendheidsbeginsel* dient evenwel nog te worden onderzocht of een vervaltermijn zoals deze in het Oostenrijkse recht geldt voor vaststellingsverzoeken, het voor de betrokkene niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt zijn recht op schadevergoeding in de zin van artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 nadien geldend te maken.

160. In beginsel is de vaststelling van redelijke vervaltermijnen voor de aanwending van rechtsmiddelen niet in strijd met het doeltreffendheidsvereiste, aangezien dit een toepassing van het fundamentele rechtszekerheidsbeginsel vormt. [85]

161. Daarbij moet de redelijkheid van een vervaltermijn worden beoordeeld met inachtneming van de aard en de rechtsgevolgen van het aangewende rechtsmiddel alsmede met de rechten en belangen van alle betrokken partijen.

162. Zo is een absolute vervaltermijn van zes maanden voor beroepen waarmee wordt beoogd reeds gesloten overeenkomsten — met terugwerkende kracht of voor de toekomst — nietig te laten verklaren, in beginsel zeker als redelijk te beschouwen. [86] Dit zeer ingrijpende rechtsgevolg, namelijk de nietigheid van een reeds gesloten overeenkomst, rechtvaardigt dat een termijn wordt bepaald die begint te lopen, ongeacht of de verzoekende partij kennis had of althans had moeten hebben van de onrechtmatigheid van de plaatsing. Zowel de aanbestedende dienst als zijn contractpartner hebben een duidelijke en beschermenswaardige behoefte aan rechtszekerheid ten aanzien van de geldigheid van de gesloten overeenkomst.

163. In een geval als het onderhavige moet evenwel rekening worden gehouden met het feit dat de absolute vervaltermijn van zes maanden, die op grond van § 332, lid 2 en 3, BVergG 2006 van toepassing is op vaststellingsverzoeken volgens § 331, lid 1, van deze wet, niet alleen geldt voor degenen die zich daadwerkelijk op de nietigheid van een reeds gesloten overeenkomst willen beroepen, maar ook voor degenen die slechts de eerste noodzakelijke procedurele stap willen zetten om nadien een vordering tot vergoeding van schade bij de Oostenrijkse burgerlijke rechter te kunnen instellen.

164. Indien de betrokkene dus pas na meer dan zes maanden kennis krijgt van de schade die hij op grond van een met de aanbestedingsregels strijdige plaatsing van een opdracht zonder voorafgaande

85 — Vaste rechtspraak; zie bijvoorbeeld arresten Rewe-Zentralfinanz (aangehaald in voetnoot 82, punt 5) en Edis (aangehaald in voetnoot 84, punten 20 en 35), alsook arrest van 17 juni 2004, Recheio — Cash & Carry (C-30/02, Jurispr. blz. I-6051, punt 18); zie, met betrekking tot richtlijn 89/665, ook arrest Universale-Bau e.a. (aangehaald in voetnoot 74, punt 76) en arresten van 27 februari 2003, Santex (C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punt 50), en 11 oktober 2007, Lämmerzahl (C-241/06, Jurispr. blz. I-8415, punt 50).

86 — Zie in dit verband ook artikel 2 septies, lid 1, sub b, juncto artikel 2 quinquies, lid 1, van richtlijn 89/665 in de versie van richtlijn 2007/66.

bekendmaking (rechtstreekse gunning of de facto-plaatsing) heeft geleden, kan hij niet eens meer een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter instellen, aangezien daarvoor op grond van § 341, lid 2, BVergG 2006 eerst een vaststellingsverzoek had moeten worden ingediend, waarvoor de termijn echter op dat moment reeds verlopen is.

165. Daardoor heeft de vervaltermijn van § 332, lid 2 en 3, BVergG 2006, buiten het eigenlijke toepassingsgebied om, ook gevolgen voor daarop aansluitende procedures, waarvoor deze termijn echter te strikt en daardoor onredelijk is. Met betrekking tot loutere vorderingen tot schadevergoeding heeft de aanbestedende dienst namelijk niet dezelfde behoefte aan rechtszekerheid als met betrekking tot de geldigheid van een gesloten overeenkomst.

166. Indien een lidstaat gebruik maakt van de in artikel 2, leden 2 en 5, van richtlijn 89/665 voorziene mogelijkheid en het beroep op schadevergoeding afhankelijk stelt van de vraag of vooraf met succes een vaststellingsprocedure is gevolgd, moeten de daarvoor geldende termijnen aldus worden bepaald en toegepast dat zij de daadwerkelijke uitoefening van het recht op schadevergoeding niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken. [87]

167. Per saldo vereist het doeltreffendheidsbeginsel dat de termijn voor een vaststellingsverzoek waarmee de verzoeker slechts de uitoefening van het recht op schadevergoeding voorbereidt, niet begint te lopen voordat de verzoeker wist of had moeten weten dat schade is ontstaan. Voor zover de verzoeker daarentegen met een dergelijk vaststellingsverzoek beoogt om de door de aanbestedende dienst gesloten overeenkomst nietig te laten verklaren, mogen strengere termijnen gelden, die ongeacht de kennisname of de mogelijkheid tot kennisname van de eventuele schade beginnen te lopen.

168. De nationale rechter dient de nationale procesregels zo veel mogelijk in overeenstemming met het uit richtlijn 89/665 voortvloeiende doeltreffendheidsvereiste uit te leggen en moet daarbij zo nodig de nationale bepalingen buiten toepassing laten, indien de toepassing daarvan in het betrokken geval tot een met het gemeenschapsrecht strijdig resultaat zou leiden. [88]

169. Voor een geval als het onderhavige, waarin een rechtstreekse gunning zonder voorafgaande bekendmaking aan de orde is, betekent dit dat de termijn voor indiening van het vaststellingsverzoek pas mag ingaan op het moment dat de betrokkene kennis van de gestelde schending van de aanbestedingsregels krijgt of had moeten krijgen, voorzover indiening van dit verzoek een dwingend vereiste voor het instellen van een latere procedure ter verkrijging van schadevergoeding is.

87 — De betekenis van de concrete invulling en de praktische toepassing van een termijnregeling wordt bijvoorbeeld ook benadrukt in het arrest Lämmerzahl (aangehaald in voetnoot 85, punten 52, 56 en 61).

88 — Arresten Santex (aangehaald in voetnoot 85, punten 62-64) en Lämmerzahl (aangehaald in voetnoot 85, punten 62 en 63).

170. In zijn verwijzingsbeschikking wijst het Bundesvergabeamt erop dat naar zijn opvatting in casu een resultaat overeenkomstig het gemeenschapsrecht kan worden bereikt door enerzijds het nieuwe rechtsmiddel van § 331, lid 1, vierde alinea, BVergG 2006 van toepassing te verklaren op plaatsingen daterend uit de periode vóór de inwerkingtreding daarvan en anderzijds de toepasselijke termijnen aan de hand van bepaalde voorschriften van het algemene civiele recht te berekenen, zodat zij pas beginnen te lopen, nadat de verzoeker kennis heeft genomen van de schade, en worden verlengd met de periode gedurende welke geen doeltreffend rechtsmiddel voorhanden was.

171. Samenvattend kan de zevende vraag als volgt worden beantwoord:

Het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 aldus wordt uitgelegd dat voor de instelling van een beroep dat volgens nationaal recht vooraf dient te gaan aan een latere procedure ter verkrijging van schadevergoeding, een redelijke termijn geldt die pas begint te lopen, nadat de betrokkene kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de gestelde schending van de aanbestedingsregels, en die wordt verlengd met de periode gedurende welke geen doeltreffend rechtsmiddel voorhanden was. De nationale rechter dient de nationale procesregels zo veel mogelijk in dier voege uit te leggen dat dit resultaat wordt bereikt, en moet zo nodig elke bepaling buiten toepassing laten waarvan de toepassing in het concrete geval tot een met het gemeenschapsrecht strijdig resultaat zou leiden.

## VII — Conclusie

172. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging alleen de eerste drie vragen van het Oostenrijkse Bundesvergabeamt te beantwoorden en wel als volgt:

„1) In het algemeen met betrekking tot de eerste, de tweede en de derde vraag:

Indien een overeenkomst die binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt, gedurende de looptijd ervan inhoudelijk wordt gewijzigd, hoeft geen aanbeste-

dingsprocedure te worden gevolgd, tenzij sprake is van een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst.

2) In het bijzonder met betrekking tot de eerste vraag:

a) Er is geen sprake van een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst wanneer de aanbestedende dienst aanvaardt dat een gedeelte van de overheidsopdracht door een dochteronderneming van de opdrachtnemer wordt uitgevoerd, waarvan de opdrachtnemer enig aandeelhouder is en waarop hij een soortgelijk toezicht uitoefent als op zijn eigen diensten. Daaraan staat niet in de weg dat de opdrachtnemer de aandelen van zijn dochteronderneming in theorie op een later tijdstip zou kunnen verkopen aan een derde.

b) Wanneer de opdrachtnemer een rechtspersoon is, worden eventuele wijzigingen in de kring van aandeelhouders gedurende de looptijd van de overeenkomst niet beschouwd als wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst.

3) In het bijzonder met betrekking tot de tweede en de derde vraag:

a) Er is geen sprake van een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst wanneer daarin zuiver technische aanpassingen aan gewijzigde externe omstandigheden worden opgenomen; daaronder valt ook de omrekening van oorspronkelijk in de nationale munteenheid uitgedrukte vergoedingen naar bedragen in euro en de toepassing van een nieuw indexcijfer dat als de gelijkwaardige opvolger van de tot dusver toegepaste index geldt.

b) Er is evenmin sprake van een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst wanneer partijen in het kader van een overheidsopdracht van onbepaalde duur een afstand van de opzegmogelijkheid voor drie jaar overeenkomen, tenzij er concrete aanwijzingen bestaan dat de aanbestedende dienst de bestaande overeenkomst anders reeds gedurende de looptijd van de afstand van de opzegmogelijkheid om juridische of economische redenen zou hebben opgezegd.

c) Of de inhoudelijke wijziging van de vergoedingen voor een deel van de te verrichten diensten een wijziging van wezenlijke bepalingen van de overeenkomst vormt, hangt af van het belang van de betrokken wijziging van de vergoeding, zowel in relatie tot de betrokken deelprestatie als in verhouding tot de overheidsopdracht in haar geheel."