FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 13 mars 2008 [1]

I — Inledning

1. I det aktuella fallet vänder sig Bundesvergabeamt (förbundsbyrå för offentlig upphandling) (Österrike) till domstolen med en mycket omfattande lista med frågor som gäller tolkningen av olika gemenskapsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling. Det rör sig huvudsakligen om tolkningen av begreppen ingående respektive upphandling av kontrakt i den mening som avses i bestämmelserna om offentlig upphandling. Det skall i synnerhet klargöras under vilka förutsättningar ändringen av ett existerande kontrakt skall betraktas som en ny upphandling av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, vilket innebär att ett upphandlingsförfarande i förekommande fall måste genomföras dessförinnan och att företag som inte beaktats har ett rättsligt skydd.

2. Bakgrunden till denna begäran om förhandsavgörande är en tvist om tillhandahållande av nyhetsagenturtjänster för de österrikiska förbundsmyndigheterna, i vilken pressetext Nachrichtenagentur, som är en förhållandevis ny aktör på den österrikiska marknaden, tillgripit rättsliga medel mot avtalsförhållanden som traditionellt består mellan Republiken Österrike och den etablerade agenturen Austria Presse Agentur och som var föremål för ändringar under åren 2000, 2001 och 2005.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

3. Den gemenskapsrättsliga ramen i detta mål utgörs av två direktiv om offentlig upphandling, nämligen

— rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av

1 — Originalspråk: tyska.

tjänster [2] (nedan kallat direktiv 92/50), och

— rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten [3] i dess lydelse enligt direktiv 92/50 (nedan kallat direktiv 89/665). [4]

Relevanta bestämmelser i direktiv 92/50

4. Bland de allmänna bestämmelserna i avdelning I i direktiv 92/50 innehåller artikel 1 f följande definition:

”[I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:] förhandlat förfarande: inhemskt förfarande, varvid de upphandlande myndigheterna tillfrågar vissa utvalda tjänsteleverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.”

5. Artikel 3 i direktiv 92/50 som också finns i avdelning I har i utdrag följande lydelse:

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

2. De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.

…”

6. I avdelning II i direktiv 92/50 finns under rubriken ”Tillämpning på de två huvudgrupperna av tjänster” artiklarna 8–10, som har följande ordalydelse:

2 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139. Detta direktiv har upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandlingen av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) (nedan kallat direktiv 2004/18). Den sista ändringen av lagstiftningen skulle emellertid införlivas i den nationella lagstiftningen först den 31 januari 2006. Eftersom den inte heller införlivades i den österrikiska lagstiftningen i förtid saknar den betydelse för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen som avser åren 2000, 2001 och 2005.

3 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

4 — Andra ändringar till detta direktiv finns i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, s. 31) (nedan kallat direktiv 2007/66). De sistnämnda ändringarna trädde emellertid först i kraft den 9 januari 2008 och skall införlivas fram till den 20 december 2009. De saknar följaktligen betydelse för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

”*Artikel 8*

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

Artikel 9

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

Artikel 10

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

7. Avdelning III i direktiv 92/50 har rubriken ”Regler om val av förfaranden och bestämmelser i övrigt vid upphandling genom formgivningstävlingar”. I denna finns artikel 11.3 som innehåller följande bestämmelse:

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

…

b) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddande av ensamrätt tjänsterna bara kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör.

…”

8. I artikel 31.3 i direktiv 92/50, som hör till avdelning VI, föreskrivs följande:

”Om en tjänsteleverantör har godtagbart skäl för att inte förete de referenser som de upphandlande myndigheterna begär, får han dokumentera sin ekonomiska och finansiella ställning på varje annat sätt som den upphandlande myndigheten finner lämpligt.”

Relevanta bestämmelser i direktiv 89/665

9. I artikel 1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG, kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, … om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

2. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs i detta direktiv mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser.

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning.”

10. I artikel 2 i direktiv 89/665 anges följande:

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

…

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut …

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

2. Behörighet enligt punkt 1 får ges till separata organ med ansvar för olika sidor av prövningsförfarandet.

…

5. Medlemsstaterna får bestämma att, i de fall skada görs gällande på grund av att beslut tillkommit i strid mot lag, det överklagade beslutet först skall upphävas av ett organ med nödvändig behörighet för detta.

…”

”1. Ett företag som hade intresse av att ingå ett kontrakt som faller under denna lag kan, om det har lidit skada genom den påstådda rättsstridigheten, ansöka om fastställelse

1. av att valet att göra en direktupphandling eller ett upphandlingsförfarande utan föregående meddelande om upphandling var rättsstridigt då det strider mot denna förbundslag, de förordningar som utfärdats om detta eller direkt tillämplig gemenskapsrätt, eller

…

4. av att tilldelning av ett kontrakt direkt till ett företag utan att andra företag har fått delta i förfarandet var uppenbart otillåtet enligt bestämmelserna i denna förbundslag.”

B — *Nationell lagstiftning*

11. Ur den österrikiska lagstiftningen skall 331 § Bundesvergabegesetz i den lydelse som trädde i kraft den 1 februari 2006 [5] (nedan kallad BVergG 2006) understrykas som utgör den rättsliga grunden för fastställelseförfarandet vid Bundesvergabeamt och som i utdrag har följande lydelse:

12. Enligt 332 § punkterna 2 och 3 BVergG 2006 upphör rätten till fastställelse som föreskrivs i 331 § BVergG 2006 att gälla senast sex månader efter det att kontrakt tilldelats.

5 — BGBl. I, nr 17/2006.

13. Av 132 § punkt 3 BVergG 2006 framgår att en framgångsrik ansökan enligt 331 § punkt 1 moment 4 i samma lag leder till en ogiltigförklaring av avtalsförhållandet vid den tidpunkt då fastställelsebeslutet vunnit laga kraft.

14. En åtskillnad skall göras mellan fastställelseförfarandet och skadeståndstalan, för vilken inte Bundesvergabeamt, utan österrikiska civildomstolar är behöriga. Enligt 341 § punkt 2 BVergG 2006 kan en talan om skadestånd endast tas upp till prövning om en part dessförinnan har nått framgång i ett fastställelseförfarande.

III — Bakgrund och förfarande vid den nationella domstolen

15. Bakgrunden till detta fall utgörs av faktiska omständigheter som med stöd av de uppgifter som lämnats i begäran om förhandsavgörande kan sammanfattas på följande sätt:

1. *De nyhetsagenturer som deltar i målet*

16. Austria Presse Agentur (nedan kallad APA) bildades [6] i Österrike efter andra världskriget i form av en kooperativ förening, [7] varvid nästan alla österrikiska dagstidningar och även Österreichische Rundfunk (ORF) är medlemmar i den kooperativa föreningen. Tillsammans med sina koncernbolag är APA marknadsledande på nyhetsagenturmarknaden i Österrike och tillhandahåller Republiken Österrike traditionellt olika nyhetsagenturtjänster.

17. Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (nedan kallad PN) är sedan år 1999 verksam på den österrikiska nyhetsagenturmarknaden, men har hittills bara gjort pressmeddelanden i mindre utsträckning för några österrikiska myndigheter. PN har också färre journalister anställda än APA och har inte heller ett så stort arkiv som APA. År 2004 erbjöd PN Republiken Österrike nyhetsagenturtjänster. Detta erbjudande ledde emellertid inte till ett avtalsslut.

6 — En föregångare till APA, Österreichische Correspondenz, bildades i Wien redan år 1849.

7 — Av handlingarna i målet framgår att det rör sig om en registrerad kooperativ förening med begränsat ansvar.

2. *De omtvistade avtalsförhållandena mellan APA och Republiken Österrike*

18. År 1994, det vill säga innan Republiken Österrike blev medlem i Europeiska unionen, slöt den ett så kallat baskontrakt med APA om utförande av olika informationstjänster mot ersättning. [8] Detta baskontrakt gjorde det huvudsakligen möjligt för de österrikiska myndigheterna att erhålla och använda aktuell information (bastjänster), hämta fram historisk information och historiska pressmeddelanden från APA:s databank som benämns ”APADok” och använda APA:s originaltextservice ”OTS” såväl för deras information som för att bearbeta sina egna pressmeddelanden. Databanken APADok innehåller uppgifter från bastjänsten sedan den 1 januari 1988 och OTS-meddelanden sedan den 1 juni 1989.

19. Baskontraktet slöts på obestämd tid, varvid en klausul om avstående från uppsägning hade avtalats, på grund av vilken det tidigast den 31 december 1999 var möjligt att häva avtalet. Baskontrakten innehåller också bestämmelser om tidpunkten för de första prishöjningarna, maximalbeloppet för varje höjning och indexering av priser på grundval av konsumentprisindex för år 1986, varvid referensvärdet var det indextal som hade räknats ut för år 1994.

20. I september 2000 startade APA dotterbolaget APA-OTS Originaltext-Service GmbH (nedan kallat APA-OTS), som till 100 procent ägdes av APA. Mellan de båda bolagen finns ett avtal om överföring av förluster och vinster, av vilket det enligt uppgifter från APA och APA-OTS framgår att APA-OTS finansiellt, organisatoriskt och ekonomiskt är integrerat i APA:s företag och att det, vad gäller den kommersiella ledningen och förvaltningen, skall handla i enlighet med APA:s instruktioner. APA-OTS är dessutom skyldigt att överföra sina årsvinster till APA, medan APA skall svara för APA-OTS eventuella årsförluster.

21. APA överförde verksamheten av sin originaltextservice OTS till APA-OTS. Denna förändring meddelades Republiken Österrike i oktober 2000, varvid en medarbetare från APA som hade rätt att företräda bolaget på förfrågan av Bundeskanzleramt försäkrade att APA efter överlåtelsen av verksamheten ansvarar ”solidariskt” med APA-OTS och att det inte kommer att ske någon ändring vad gäller ”tjänsten i dess helhet”. Bundeskanzleramt gav därefter enligt egna uppgifter sitt godkännande till att OTS-tjänster i framtiden skulle tillhandahållas av APA-OTS och ersättningen för dessa tjänster betalades därefter direkt till APA-OTS.

22. År 2001 ändrades bestämmelserna om ersättning i baskontraktet från år 1994 genom ett första tillägg. Utöver omräkningen av ersättningen från österrikiska shilling till euro föreskrevs i detta tillägg ett högsta avgiftsbelopp för upptagande av myndigheternas meddelanden i OTS för åren 2002, 2003 och 2004, [9] som inte kunde höjas. Dess-

8 — Enligt uppgifter från Bundeskanzleramts presidium som deltar i målet var det därvid fråga om en anpassning av ett avtalsförhållande som redan existerade sedan år 1946.

9 — De högsta ersättningsbeloppen är tillämpliga om meddelanden skickas *via Internet*.

utom anpassades värdesäkringsklausulen genom hänvisning till ett nytt index som är ett efterföljande index till det som används i baskontraktet.

23. I oktober 2005 ledde ett andra tillägg med verkan från den 1 januari 2006 till två ytterligare ändringar av baskontraktet i dess lydelse enligt det första tillägget. Reduceringen av ersättningen för Internetförfrågningar ur APA:s informationstjänster höjdes från 15 procent till 25 procent och parterna avtalade att deras klausul om avstående från uppsägning skulle förnyas fram till den 31 december 2008.

3. *Förfarandet vid Bundesvergabeamt (fastställelseförfarande)*

24. PN har sökt rättsskydd vid Bundesvergabeamt mot transaktionerna i samband med valet av APA-OTS som tjänsteleverantör för Republiken Österrike och de båda tilläggen till baskontraktet mellan APA och Republiken Österrike, som ur dess synvinkel strider mot bestämmelserna om offentlig upphandling.

25. I sina yrkanden av den 4 och 19 juli 2006 har PN begärt att Bundesvergabeamt enligt 331 § BVergG 2006 skall fastställa att uppdelningen av kontraktet genom omstruktureringen av APA år 2000 samt tilläggen från år 2001 och 2005 till baskontrakten som PN betecknat som de facto-upphandlingar var rättsstridiga. PN har i andra hand yrkat att Bundesvergabeamt skall fastställa att valet av det aktuella upphandlingsförfarandet var rättsstridigt. [10]

26. Bundesvergabeamt har med avseende på ansökningsfristerna anfört att de kritiserade handlingarna visserligen daterar från åren 2000, 2001 och 2005, medan det rättsmedel som finns i nationell lagstiftning mot rättsstridiga upphandlingar, en ansökan om fastställande med avtalshävande verkan, infördes först senare, med verkan från den 1 februari 2006. Den frist som föreskrivs för detta rättsmedel uppgår till sex månader från det datum då den rättsstridiga tilldelningen ägde rum. Bundesvergabeamt finner emellertid att det är lämpligt att tillämpa 1496 § i Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), enligt vilken preskriptionsfrister inte kan löpa om den nödvändiga rättskipningen inte fungerar, under förutsättning att denna tillämpning är förenlig med gemenskapsrätten.

10 — Enligt begäran om förhandsavgörande stöder sig PN:s förstahandsyrkande på 331 § punkt 1 moment 4 och andrahandsyrkandet på 331 § punkt 1 moment 1 BVergG 2006.

IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

27. Genom beslut av den 7 november 2006, utfärdat den 10 november 2006, som inkom till domstolen den 13 november 2006, har Bundesvergabeamt beslutat att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

1) Skall begreppen ”ingå” i artikel 3.1 i direktiv 92/50 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i samma direktiv tolkas så, att de även omfattar omständigheter när en upphandlande myndighet har för avsikt att i framtiden använda tjänster från en tjänsteleverantör i form av ett kapitalbolag, om dessa tjänster tidigare har levererats av en annan tjänsteleverantör som är ensamägare till och samtidigt kontrollerar den framtida tjänsteleverantören genom att ge denne instruktioner? Är det i ett sådant fall rättsligt relevant om den upphandlande myndigheten saknar garanti för att bolagsandelarna i den framtida tjänsteleverantören inte överlåts, helt eller delvis, till tredje man och för att medlemssammansättningen för den ursprungligen som kooperativ förening organiserade tjänsteleverantören inte ändras under hela det ursprungliga kontraktets löptid?

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

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

4) Om någon av de tre första frågorna besvaras med att upphandling föreligger: Skall artikel 11.3 b i direktiv 92/50 eller andra regler i gemenskapsrätten, till exempel principen om insyn, tolkas så, att det är tillåtet för en upphandlande myndighet att upphandla tjänster genom ett enda tjänstekontrakt i ett förhandlat förfarande utan tidigare meddelande

om upphandling om delar av tjänsten omfattas av en sådan ensamrätt som nämns i artikel 11.3 b i direktiv 92/50? Eller innebär principen om insyn eller andra regler i gemenskapsrätten att det vid upphandling av övervägande oprioriterade tjänster ändå skall publiceras ett meddelande om upphandling innan upphandlingen genomförs för att ge de företag som är intresserade möjlighet att bedöma om de upphandlade tjänsterna verkligen är skyddade av ensamrätt? Eller innebär de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling att tjänsterna i ett sådant fall bara skall upphandlas i separata upphandlingsförfaranden, beroende på om det finns eller inte finns någon ensamrätt, för att åtminstone delvis möjliggöra konkurrens vid upphandlingen?

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

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

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

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

28. I förfarandet vid domstolen har PN, APA och APA-OTS, Republiken Österrike och Europeiska gemenskapernas kommission avgett skriftliga och muntliga yttranden. Dessutom har österrikiska Bundeskanzleramts presidium i sin egenskap av upphandlande myndighet och den litauiska regeringen deltagit i förfarandet skriftligen. Den franska regeringen har avgett muntliga yttranden.

V — Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning

29. Innan tolkningsfrågorna prövas i sak skall vissa korta inledande anmärkningar göras om huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.

1. *Bundesvergabeamts rätt att framställa begäran om förhandsavgörande*

30. Österrikiska Bundeskanzleramt är ett permanent organ som inrättats genom lag vars behörighet i frågor rörande offentlig upphandling med förbundsstaten som upphandlande myndighet är obligatorisk. [11] I ett kontradiktoriskt förfarande fattar den beslut på grundval av rättsnormer i österrikisk förbundslagstiftning. Den är därvid samtidigt första och sista instans. [12] Dess ledamöter är vid utförandet av deras uppgifter inte bundna av några instruktioner och utnämns på minst fem år, delvis även på obestämd tid. [13]

11 — 291 § BVergG 2006.
12 — 291 § punkt 2, s. 2 BVergG 2006.
13 — 292 § och 295 § BVergG 2006.

31. Därmed är Bundesvergabeamt en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG [14] och berättigad att begära ett förhandsavgörande av domstolen. Domstolen har i enlighet härmed flera gånger [15] tidigare besvarat begäran om förhandsavgörande från Bundesvergabeamt. [16]

2. *Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning i allmänhet*

32. Den kritik som APA och APA-OTS framfört vad gäller den komplexa och svårförståeliga formuleringen av begäran om förhandsavgörande påverkar inte den omständigheten att samtliga tolkningsfrågor är förståeliga. Av de förklaringar som Bundesvergabeamt anfört i begäran om förhandsavgörande framgår med tillräcklig tydlighet det faktiska sammanhang och det rättsliga system inom vilket frågorna uppkommit och varför de enligt Bundesvergabeamt är relevanta för tvistens lösning i förevarande fall.

33. Av beslutet om hänskjutande framgår bland annat att syftet med begäran om förhandsavgörande är att klargöra om det är nödvändigt att i det nationella förfarandet genomföra en omfattande bevisupptagning beträffande vissa faktiska omständigheter eller om tvisten i målet vid den nationella domstolen är färdigt för avgörande utan denna bevisupptagning.

34. Det skall i detta sammanhang påpekas att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra i vilket skede i förfarandet som en tolkningsfråga skall hänskjutas. [17] Det som är avgörande är att den hänskjutande domstolen på ett tillfredsställande sätt redogjort för de faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande samt att domstolen har erhållit all den information från den hänskjutande domstolen som krävs för att på ett användbart sätt ta ställning till nämnda begäran. [18] Tvärtemot vad APA och APA-OTS har hävdat är detta fallet här. Därmed kan upptagandet till sakprövning av begäran om förhandsavgörande i allmänhet inte bestridas.

14 — Beträffande fast rättspraxis avseende begreppet domstol se dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961), punkt 23, av den 31 maj 2005 i mål C-53/03, Syfait m.fl. (REG 2005, s. I-4609), punkt 29, och av den 18 oktober 2007 i mål C-195/06, Österreichischer Rundfunk (REG 2007, s. I-8817), punkt 19.

15 — Se dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, Felix Swoboda (REG 2002, s. I-10567), särskilt punkterna 25–28, av den 18 mars 2004 i mål C-314/01, Siemens och ARGE Telekom (REG 2004, s. I-2549), och av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner (REG 2005, s. I-4855). Bundesvergabeamts aktuella organisationsform på grundval av BVergG 2006 motsvarar enligt begäran om förhandsavgörande huvudsakligen den som gällde i målet Koppensteiner.

16 — I linje härmed fastställde domstolen att en federal tillsynskommission, i den form den hade i Tyskland vid den tidpunkten, utgjorde en domstol som är berättigad att begära ett förhandsavgörande (se domen i målet Dorsch Consult (ovan fotnot 14), punkt 38).

17 — Dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil m.fl. (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633), punkt 10, av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659), punkt 39, och av den 17 april 2007 i mål C-470/03, AGM-COS.MET (REG 2007, s. I-2749), punkt 45.

18 — Domen i målet Schmidberger (ovan fotnot 17), punkterna 40 och 41.

3. *Huruvida den sjätte frågan kan tas upp till sakprövning i synnerhet*

35. Ett särskilt problem vad gäller upptagande till sakprövning uppkommer emellertid med avseende på den sjätte tolkningsfrågan som avser tolkningen av begreppet ”skadats” i artiklarna 1.3 och 2.1 c i direktiv 89/665.

36. I förfarandet vid den nationella domstolen, som är ett förfarande som grundar sig på 331 § BVergG 2006, är Bundesvergabeamt endast behörig att *fastställa ett eventuellt fördragsbrottutdöma skadestånd* mot bestämmelserna om offentlig upphandling men inte att , som endast de österrikiska civildomstolarna har rätt till. [19] Bundesvergabeamt kan därför inte hänskjuta tolkningsfrågor till domstolen som gäller själva skadeståndet eller villkoren för att skadestånd skall utdömas. [20]

37. Mot denna bakgrund kan den sjätte tolkningsfrågan endast tas upp till sakprövning i den del som den avser villkoren för att ta upp en begäran om prövning enligt artikel 1.3 i direktiv 89/665 till sakprövning. Den sjätte frågan kan emellertid inte tas upp till sakprövning i den del som den hänför sig till artikel 2.1 c i direktiv 89/665, eftersom den sistnämnda bestämmelsen direkt avser utdömande av skadestånd.

4. *Slutsats i denna del*

38. Begäran om förhandsavgörande kan således tas upp till sakprövning i dess helhet, med undantag för den del av den sjätte frågan som hänför sig till artikel 2.1 c i direktiv 89/665.

VI — Bedömning i sak av frågorna

39. Syftet med den mycket omfattande begäran om förhandsavgörande är huvudsakligen att klargöra under vilka förutsättningar ändringen i ett existerande kontrakt skall anses som en offentlig upphandling av tjänster, vilket innebär att ett upphandlingsförfarande eventuellt måste genomföras först och att företag som inte beaktats har ett rättsligt skydd.

40. Den mycket intressanta mer allmänna frågan huruvida ingående av avtal på

19 — Österrike har utnyttjat den möjlighet som nämns i artikel 2.2 i direktiv 89/665 att ge flera organ behörighet i prövningsförfarandet.

20 — Dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT (REG 2003, s. I-6351), punkt 38.

obestämd tid underkastas begränsningar genom bestämmelser om offentlig upphandling eller andra gemenskapsrättsliga bestämmelser är inte föremål för förevarande mål. Eftersom baskontraktet från år 1994 som ingåtts på obestämd tid slöts innan Republiken Österrike blev medlem i Europeiska unionen [21] behöver detta spörsmål inte behandlas närmare, [22] inte ens som en inledande fråga.

A — *Den första, den andra och den tredje frågan*

41. Bundesvergabeamt har ställt de tre första frågorna för att få klarhet i under vilka omständigheter ändringar i existerande avtalsförhållanden mellan en upphandlande myndighet och en tjänsteleverantör skall anses som en ny upphandling av ett offentligt kontrakt avseende tjänster i den mening som avses i direktiv 92/50.

42. Detta spörsmål har ännu inte behandlats fullständigt i gemenskapsdomstolarnas rättspraxis. [23]

1. Inledande anmärkning: Kriteriet betydande ändring av kontraktet

43. Framför allt vad gäller avtal på obestämd tid och avtal med längre löptid kan en anpassning av avtalsinnehållet vara nödvändig under deras genomförande om avtalsbestämmelserna, till exempel på grund av en förändring av yttre omständigheter man inte har kunnat räkna med, inte längre är lämpliga. En anpassning av avtalsinnehållet till de ändrade omständigheterna kan bidra till att underlätta förverkligandet av målet med avtalet.

44. Om det ursprungliga kontraktet emellertid avser ett offentligt uppdrag uppkommer vid senare ändringar i sak av kontraktet frågan huruvida ett upphandlingsförfarande (eventuellt) skall genomföras (på nytt). Därvid uppstår i regel ett spänningsförhållande mellan en strävan mot att kontraktet alltjämt skall fullgöras så effektivt

21 — Se i detta avseende dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel (REG 1998, s. I-5357), punkterna 53 och 54. Till skillnad från de omtvistade transaktionerna från åren 2000, 2001 och 2005, som i tidshänseende föll inom tillämpningsområdet för gemenskapsrätten, var direktiven om offentlig upphandling inte tillämpliga på baskontraktet, eftersom Österrike år 1994 ännu inte var medlem i Europeiska unionen.

22 — Vad gäller det särskilda problemet avseende kopplingen mellan ett kontrakt som ingåtts på obestämd tid och en klausul om avstående från uppsägning, se nedan, särskilt punkt 74 i detta förslag till avgörande.

23 — En begäran om förhandsavgörande från tyska Oberlandesgericht Rostock ledde inte till något domstolsavgörande (mål C-50/03, avstruket den 9 november 2004).

som möjligt, å ena sidan, och principen att alla aktuella och potentiella tjänsteleverantörer skall ges lika möjligheter, å andra sidan.

45. Det kan i princip inte a priori uteslutas att senare ändringar i sak av existerande avtal (eventuellt på nytt) kan uppfylla villkoren för offentlig upphandling av en tjänst och att de följaktligen skall underkastas ett upphandlingsförfarande. De rättsliga begrepp som definierar tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling skall enligt fast rättspraxis nämligen tolkas extensivt. [24]

46. Tolkningen av begreppet upphandling skall slutligen emellertid rikta sig efter direktivens mål. Samordningen av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och skydda intressena hos ekonomiska aktörer från andra medlemsstater. [25] Det rör sig om att hindra att upphandlande myndigheter ger nationella anbudsgivare eller nationella sökande företräde och vid tilldelning av kontrakt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. [26]

47. Följaktligen är även huvudsyftet med direktiv 92/50 att förverkliga den fria rörligheten för tjänster och se till att konkurrensen på marknaden inte snedvrids utan blir så stark som möjligt. [27] För att ändamålet med direktivet skall uppnås fordras ett öppet och icke-diskriminerande tillvägagångssätt vid offentlig upphandling av tjänster så att alla möjliga tjänsteleverantörer ges lika möjligheter.

48. Mot bakgrund av detta ändamål kräver inte alla om än smärre ändringar i kontrakt om offentlig upphandling av tjänster att det först genomförs ett upphandlingsförfarande. Endast *betydande* ändringar i kontraktet som konkret kan snedvrida konkurrensen på marknaden och ge företräde till den upphandlande myndighetens avtalspart i förhållande till andra möjliga tjänsteleverantörer, motiverar genomförandet av ett nytt upphandlingsförfarande. [28]

24 — Vad gäller den extensiva tolkningen av olika begrepp som definierar tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling, se dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley (REG 2003, s. I-1931), punkt 43, av den 8 september 2005 i mål C-129/04, Espace Trianon och Sofibail (REG 2005, s. I-7805), punkt 73, och av den 29 november 2007 i mål C-119/06, kommissionen mot Italien, punkt 43.

25 — Dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821), punkt 41, av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), punkt 16, av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777), punkt 27, av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl. (REG 2007, s. I-11173), punkt 38. Se även andra och sjätte skälen i direktiv 92/50.

26 — Domen i målet University of Cambridge (ovan fotnot 25), punkt 17, domen i målet Felix Swoboda (ovan fotnot 15), punkt 45 och domen i målet Bayerischer Rundfunk m.fl. (ovan fotnot 25), punkt 36.

27 — Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), punkterna 44 och 47, och domen i målet Bayerischer Rundfunk m.fl. (ovan fotnot 25), punkt 39.

28 — Se, för ett liknande resonemang, även dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-8377), punkterna 46, 50 och 51, och av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (REG 2004, s. I-3801), punkt 117, som avser *väsentliga* villkor i avtalet och *väsentliga* villkor för anbudsförfarandet.

49. En betydande ändring av kontraktet kan framför allt antas föreligga när det inte kan uteslutas att andra tjänsteleverantörer, genom de ursprungliga mindre förmånliga villkoren, skulle avhållas från att konkurrera om uppdraget eller att de med hänsyn till de nya avtalsvillkoren skulle vara intresserade av att konkurrera om uppdraget eller att en anbudsgivare vars anbud har förkastats med hänsyn till de nya avtalsvillkoren skulle kunna få framgång med sin ansökan. [29]

50. Dessa inledande överväganden utgör grunden för mina följande anmärkningar avseende de tre första tolkningsfrågorna.

2. Den första frågan

a) Den första frågans första del: Anlitandet av APA-OTS

51. Bundesvergabeamt har ställt den första frågans första del för att få klarhet i huruvida den omständigheten att en upphandlande myndighet accepterar att utförandet av en del av ett uppdrag överförs till uppdragstagarens dotterbolag till vilket denna har rätt att ge instruktioner och i vilket den äger 100 procent av aktierna, även om dess innehav av 100 procent av aktierna inte är garanterat för hela avtalsperioden, skall anses som en ny upphandling av ett redan existerande offentligt kontrakt avseende tjänster i den mening som avses i direktiv 92/50.

52. Bakgrunden till denna fråga är APA:s överlåtelse av OTS-tjänsterna år 2000 till sitt dotterbolag APA-OTS. Oavsett om det till följd av denna omstrukturering inom APA-koncernen skedde en delning av kontraktet, ett övertagande av kontraktet, en förnyelse eller ett skuldövertagande genom substitution, [30] är det under alla omständigheter klart att de ovannämnda tjänsterna med Bundeskanzleramts godkännande sedan dess tillhandahölls direkt av APA-OTS och att ersättningen för dessa direkt betalades till APA-OTS.

53. Detta ledde i vart fall vad gäller det praktiska fullgörandet av kontraktet år 2000 till att tjänsteleverantören delvis byttes ut.

29 — Det skall medges att det i praktiken inte alltid kommer att vara helt lätt att skilja mellan väsentliga och oväsentliga avtalsändringar, eftersom det är nödvändigt att göra en bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall. Tillämpningen av vaga och tolkningsbara rättsliga begrepp kan emellertid inte undvikas på något rättsområde, inte heller när det gäller bestämmelserna om offentlig upphandling.

30 — Parterna i målet vid den nationella domstolen förefaller inte vara eniga i detta avseende. I beslutet om hänskjutande används inte heller någon enhetlig terminologi. Det ankommer emellertid på Bundesvergabeamt att klargöra hur denna transaktion skall klassificeras civilrättsligt.

54. Ett byte av tjänsteleverantör under löptiden av ett offentligt kontrakt tyder a priori på en betydande ändring av kontraktet, eftersom ett företag som inte har behövt konkurrera med andra anbudsgivare och som inte har valts på grundval av en jämförelse med eventuella andra anbudsgivare helt eller delvis har fått i uppdrag att utföra en del av det offentliga kontraktet. En sådan transaktion innebär en risk för att bestämmelserna om offentlig upphandling kringgås och kan snedvrida konkurrensen på marknaden samt ge den nya tjänsteleverantören företräde i förhållande till andra möjliga tjänsteleverantörer.

55. Det kan av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet emellertid framkomma att förändringar hos tjänsteleverantören undantagsvis inte medför någon betydande ändring av kontraktet. I detta avseende kommer följande två fall i fråga.

56. Det första fallet avser situationen då den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet *anlitar en underentreprenör.* För att inte begränsa kretsen av potentiella tjänsteleverantörer i större utsträckning än vad som är nödvändigt föreskrivs i direktiv 92/50 uttryckligen att upphandlande myndigheter har en möjlighet att tillåta att en del av kontraktet läggs ut på underleverantörer. [31] Kännetecknande för denna typ av fall är att huvudleverantören har fullt avtalsrättsligt ansvar eller i vart fall ett solidariskt ansvar för att tjänsten utförs i dess helhet även efter det att en del av kontraktet lagts ut på underleverantörer.

57. Det andra fallet avser *organisatoriska förändringar av rent intern natur* hos den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet. Dessutom kan även anlitandet av ett av dotterbolagen höra till utförandet av kontraktet. Hur nära sambandet mellan uppdragstagaren och dotterbolaget måste vara kräver inte någon uttömmande förklaring i förevarande fall. I vart fall omfattas sådana dotterbolag som kontrolleras av uppdragstagaren på liknande sätt som deras egna företagsavdelningar. Anlitandet av ett dotterbolag för utförandet av kontraktet liknar i det fallet en intern transaktion [32] hos tjänsteleverantören, som i vart fall ur ekonomisk synvinkel inte medför någon väsentlig ändring av villkoren för utförandet av det offentliga kontraktet.

58. I de båda ovannämnda fallen säkerställs att ändringar hos tjänsteleverantören inte medför någon snedvridning av konkurrensen och följaktligen inte heller någon betydande ändring av kontraktet.

31 — Se artikel 25 och artikel 32.2 c och h i direktiv 92/50 samt dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98, Holst Italia (REG 1999, s. I-8607), punkterna 26 och 27. Tilldelningen av delar av kontrakt till en underleverantör för utförande av *väsentliga delar* av kontraktet kan emellertid begränsas i nationell lagstiftning (se domen i målet Siemens och ARGE Telekom (ovan fotnot 15), punkt 45.

32 — Avseende villkoren för att en intern transaktion skall anses föreligga, se bland annat dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50, domen i målet Stadt Halle och RPL Lochau (ovan fotnot 27), punkt 49, dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), punkt 62, och av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), punkt 55. Avseende begreppet intern transaktion se mitt förslag till avgörande av den 1 mars 2005 i målet Parking Brixen, punkterna 1 och 2.

59. En transaktion som den här omtvistade överföringen av OTS-tjänsterna till APA-OTS år 2000 liknar vid en ytlig betraktelse utläggning av en del av kontraktet på underleverantörer till APA (första fallet). För detta talar att de berörda tjänsterna numera tillhandahålls av en annan juridisk person än APA, varvid APA själv ansvarar solidariskt för att det offentliga kontraktet om tjänster genomförs i sin helhet, inklusive de uppgifter som övertagits av APA-OTS.

60. Vid närmare betraktande liknar emellertid ett organ som APA-OTS inte så mycket en självständig underentreprenör till APA, utan snarare en egen företagsavdelning till APA. En transaktion som anlitande av APA-OTS för att utföra det offentliga kontraktet år 2000 utgör en rent intern omorganisering hos tjänsteleverantören APA (andra fallet).

61. En del av de tjänster som skall utföras av APA utförs numera visserligen av en annan juridisk person, nämligen APA-OTS. Ur ekonomisk synvinkel är APA-OTS emellertid inte någon underentreprenör eftersom det helt kontrolleras av moderbolaget APA. Inte endast APA:s innehav av 100 procent av aktierna, utan även dess rätt att lämna instruktioner samt ett avtal om överföring av förluster och vinster säkerställer att APA-OTS kontrolleras av moderbolaget som en egen företagsavdelning. Därmed har det ur ekonomisk synvinkel inte skett någon betydande ändring av villkoren för utförande av det offentliga kontraktet.

62. En transaktion som den som genomfördes år 2000 medförde följaktligen inte någon betydande ändring av kontraktet och skall således inte behandlas som en (ny) offentlig upphandling av en tjänst.

63. Den omständigheten att APA:s innehav av 100 procent av andelarna i APA-OTS inte är säkerställt för hela den tid som det offentliga kontraktet skall gälla ändrar inte detta konstaterande. [33] APA kunde visserligen teoretiskt sett när som helst sälja andelar i APA-OTS till tredje man. Avgörande för den här dryftade frågan huruvida det år 2000 skedde en betydande ändring av kontraktet och därmed en ny upphandling av ett kontrakt avseende tjänster ägde rum är emellertid endast de händelser som konkret kunde förutses vid den dåvarande tidpunkten.

64. Principen om rättssäkerhet kräver att frågan huruvida det föreligger en skyldighet att iaktta förfarandet med offentlig infordran av anbud alltid skall bedömas när den juridiska transaktionen genomförs (*ex ante*). [34] Med hänsyn såväl till den upphandlande myndigheten och den enhet med vilken avtalet ingåtts som till den konkurrent som inte har tilldelats kontraktet är det nämligen viktigt att kunna fastställa om ett anbudsförfarande skall genomföras eller inte redan när en handling företas. Omständigheter som inträffar senare kan på sin höjd beaktas om

33 — Samma sak gäller för möjligheten att bryta avtalet om överföring av förluster och vinster.

34 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande av den 1 mars 2005 i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 56. Frågan om den *konkreta förutsebarheten* av en överlåtelse av andelar till tredje man är också av avgörande betydelse i dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705), punkterna 38–41, av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), punkterna 30–32, och domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 67 c.

de med säkerhet kunde förutses redan när handlingen företogs.

65. Av handlingarna i målet framgår att det vid den tidpunkt då APA-OTS involverades i utförandet av det offentliga kontraktet inte fanns några konkreta uppgifter som tydde på en förestående överlåtelse av andelar genom APA. Under dessa förhållanden står jag fast vid min bedömning att en transaktion som den från år 2000 inte medförde någon betydande ändring av kontraktet och således inte krävde något upphandlingsförfarande.

b) Den första frågans andra del: APA:s medlemssammansättning

66. Bundesvergabeamt vill dessutom få klarhet i huruvida det i samband med en transaktion som den från år 2000 har betydelse att kretsen av medlemmar i APA:s kooperativa förening kunde ändras under kontraktets löptid.

67. En sådan ändring kan endast vara av upphandlingsrättslig betydelse om den medför att tjänsteleverantören åtminstone delvis byts ut och följaktligen anses som en betydande kontraktsändring.

68. Om tjänsteleverantören till exempel endast är ett konsortium som inte är en juridisk person, så kommer kontraktet med den upphandlande myndigheten normalt att medföra rättigheter och skyldigheter för varje medlem i konsortiet. En förändring i sammansättningen av konsortiet kan i det fallet medföra att ett företag som inte måste konkurrera med andra anbudsgivare och som inte heller har valts på grundval av en jämförelse med eventuella andra anbudsgivare helt eller delvis ges i uppdrag att utföra det offentliga kontraktet. Detta skulle med förbehåll för de ovan beskrivna undantagen [35] utgöra en betydande kontraktsändring. [36]

69. Om tjänsteleverantören däremot är en juridisk person så blir endast denna den upphandlande myndighetens avtalspart och eventuella senare förändringar inom kretsen av dess andelsägare medför inte någon betydande kontraktsändring. [37]

35 — Se ovan punkterna 55–58 i detta förslag till avgörande.

36 — I domen av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki (REG 2003, s. I-1091), punkt 61, klarläggs endast att regleringen av entreprenörsgruppers sammansättning omfattas av medlemsstaternas behörighet. Det åligger alltså medlemsstaterna att reglera om förändringar i entreprenörsgruppers sammansättning över huvud taget är tillåtna. En helt annan fråga som är av intresse här är emellertid huruvida sådana förändringar *efter* tilldelning av kontrakt skall anses som väsentliga kontraktsändringar och således på nytt uppfyller villkoren för offentlig upphandling av en tjänst. Det sistnämnda är en gemenskapsrättslig fråga.

37 — Ville man använda varje förändring av en juridisk persons ägarförhållanden som skäl för att genomföra ett nytt upphandlingsförfarande, så skulle tilldelningen av offentliga kontrakt till börsnoterade aktiebolag, vars aktieägare dagligen växlar, vara praktiskt omöjlig.

70. I förevarande fall framgår av handlingarna i målet att APA är en ”registrerad kooperativ förening med begränsat ansvar”. Man kan därmed utgå från att APA är en juridisk person. Med förbehåll för Bundesvergabeamts konstateranden i detta avseende skall alltså inte medlemmarna i APA:s kooperativa förening, utan endast APA även här anses som Republiken Österrikes avtalspart. I ett sådant fall medför inte eventuella förändringar i kretsen av medlemmarna i den kooperativa föreningen någon betydande kontraktsändring.

3. Den tredje frågan

71. Bundesvergabeamt har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida den omständigheten att en upphandlande myndighet och tjänsteleverantören har ändrat ett mellan dem existerande offentligt kontrakt om tjänster under kontraktets löptid på så sätt att

— en klausul om avstående från uppsägning, som redan löpt ut, förnyas för tre år, och

— vissa avgifter avviker från dem som hittills avtalats, eftersom det fastställs en rabatt för dessa avgifter som är högre än 10 procentenheter,

skall anses som en ny upphandling av ett offentligt kontrakt avseende tjänster i den mening som avses i direktiv 92/50.

72. Bakgrunden till denna fråga är det andra tillägget till baskontraktet som avtalats mellan APA och Republiken Österrike år 2005.

a) Den tredje frågans första del: Förnyelse av klausulen om avstående från uppsägning

73. Den tredje frågans första del avser den förnyelse som avtalades år 2005 av en klausul om avtalspartens avstående från uppsägning som redan löpt ut.

74. Det skulle från upphandlingsrättslig synpunkt vara problematiskt att vid ett avtal på obestämd tid avtala en klausul om avstående från uppsägning för en längre tid eller till och med avtala att den upphandlande myndigheten över huvud taget inte kan säga upp avtalet. En sådan överenskommelse skulle nämligen på lång sikt utesluta all konkurrens mellan möjliga tjänsteleverantörer och därmed i grunden strida mot syftena med direktiven om offentlig upphandling.

75. [38]Det förhåller sig dock annorlunda med en klausul om avstående från uppsägning som den här avtalade år 2005 som endast gäller för tre år. En sådan klausul om avstående från uppsägning kan inte ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv a priori anses som otillåten. Det måste emellertid prövas om den borde ha underkastats ett upphandlingsförfarande. Detta beror på huruvida klausulen om avstående från uppsägning kan anses som en betydande kontraktsändring till det redan existerande baskontraktet.

76. För att kunna klassificeras som en betydande kontraktsändring skall en klausul om avstående från uppsägning som endast gäller för några år vara ägnad att snedvrida konkurrensen på den aktuella marknaden och ge den person som ingått avtal med den upphandlande myndigheten företräde framför andra möjliga tjänsteleverantörer. [39]

77. Detta kan endast undantagsvis vara fallet, nämligen när det vid den tidpunkt då klausulen om avstående från uppsägning avtalas finns konkreta uppgifter som tyder på att den upphandlande myndigheten i annat fall hade frigjort sig från det existerande kontraktet under den avtalade giltighetstiden för klausulen om avstående från uppsägning. Det är nämligen endast i det fallet som andra möjliga tjänsteleverantörer över huvud taget hade kunnat hysa allvarliga förhoppningar om att under denna tid helt eller delvis avlösa dåvarande tjänsteleverantörer.

78. Härvidlag skall först anmärkas att den upphandlande myndigheten inte hade en lagstadgad skyldighet att få ett existerande avtalsförhållande som uppkommit utan överträdelse av gällande lagstiftning att upphöra i förtid. Republiken Österrikes anslutning till Europeiska unionen medförde ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att säga upp det redan existerande baskontraktet eller genomföra ett nytt anbudsförfarande. [40] Juridiskt sett var det således visserligen möjligt för Republiken Österrike att säga upp kontraktet om tjänster med APA sedan giltighetstiden för den ursprungligen (år 1994) avtalade klausulen om avstående från uppsägning löpt ut men den var inte på något sätt tvungen att göra det.

79. För det andra hade Republiken Österrike, med förbehåll för fastställelser som Bundesvergabeamt skall göra, år 2005 inte heller något ekonomiskt incitament att under den avsedda förhållandevis överskådliga giltighetstiden för klausulen om avstående från uppsägning, det vill säga fram till slutet av år 2008, byta till en annan tjänsteleverantör. Enligt vad som har framkommit har den upphandlande myndigheten rimligen kunnat utgå från att det fram till år 2008 inte skulle finnas likvärdiga anbud till mer fördelaktiga villkor som hade rättfärdigat det besvär som ett byte innebär.

80. Enligt den information som finns tillgänglig här medförde klausulen om avstående från uppsägning som förnyades år 2005

38 — Se ovan punkt 48 i detta förslag till avgörande.

39 — Se ovan punkterna 48 och 49 i detta förslag till avgörande.

40 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Tögel (ovan fotnot 21), punkterna 53 och 54.

för en giltighetstid av tre år således inte någon risk för en snedvridning av konkurrensen och skall således inte klassificeras som en betydande kontraktsändring till baskontraktet.

b) Den tredje frågans andra del: Avtal om högre rabatter

81. Den tredje frågans andra del avser de högre rabatter som avtalats år 2005 för Internetförfrågningar ur APA:s informationstjänster. Medan de österrikiska myndigheterna i baskontraktet beviljades en rabatt på 15 procent gäller sedan det andra tillägget till detta kontrakt en rabatt på 25 procent.

82. Såsom redan har angetts [41] kan det endast vara tal om en ny upphandling av ett redan existerande offentligt kontrakt avseende tjänster när en betydande kontraktsändring företas. Detta gäller även för ändringar avseende avtalad ersättning. Även om betalningsvillkoren som sådana utgör en väsentlig avtalsbestämmelse, [42] kan inte varje ändring, hur obetydlig den än må vara, av de bestämmelser avseende ersättningen som avtalats anses som en betydande kontraktsändring.

83. Det skall först prövas huruvida höjningen av den rabatt som ursprungligen beviljades med 10 procentenheter över huvud taget utgör en *ändring i sak* av de bestämmelser om ersättning som skall tillämpas på det offentliga kontraktet avseende tjänster.

84. APA och APA-OTS har anfört att den rabatt på 25 procent som numera beviljas endast är en logisk följd av det som redan fastställdes i baskontraktet. Det har nämligen redan i baskontraktet hänvisats till APA:s graderade taxa. Den nya högre rabatten skall anses som likvärdig med införandet av en ny lägre procentsats i APA:s prislista.

85. [43]Det bör noteras att det ankommer på Bundesvergabeamt att göra en konkret bedömning av de relevanta omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. I beslutet om hänskjutande, i vilket den enda faktiska ram som är relevant för förevarande begäran om förhandsavgörande anges, beskrivs ändringen av procentsatsen från 15 procent till 25 procent som ”en högre rabatt än hittills”. Detta tyder på en ändring i sak av bestämmelserna om ersättning.

41 — Se ovan punkterna 48–49 i detta förslag till avgörande.

42 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (ovan fotnot 28), punkt 117.

43 — Dom av den 29 april 2004 i mål C-482/01 och C-493/01, Orfanopoulos och Oliveri (REG 2004, s. I-5257), punkt 42, och dom av 12 januari 2006 i mål C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg (REG 2006, s. I-589), punkt 21.

86. För denna bedömning talar även den omständigheten att redan den rabatt på 15 procent som ursprungligen beviljades hänförde sig till den ”lägsta graderade taxan”. Den upphandlande myndigheten beviljades alltså redan den lägsta tänkbara taxan då baskontraktet ingicks år 1994. Under dessa förhållanden är det svårt att tänka sig att avtalsparterna vid den dåvarande tidpunkten planerade att gå upp i en ännu mer fördelaktig prisklass eller endast ansåg att detta var möjligt. Beviljas år 2005 en rabatt som är 10 procentenheter bättre och som i sin tur hänför sig till den lägsta graderade taxan så tyder detta på en verklig prisändring och inte endast på en logisk följd av beräkningen av ersättningen, såsom denna redan fastställdes i baskontraktet.

87. En sådan prisändring kan emellertid endast anses som en *betydande* kontraktsändring när den konkret kan snedvrida konkurrensen på den aktuella marknaden och ge den person som ingått avtal med den upphandlande myndigheten företräde framför andra möjliga tjänsteleverantörer.

88. För att bedöma detta måste för det första omfattningen av prisändringen för tjänsten bedömas, för det andra skall denna prisändring emellertid även vara proportionerlig i förhållande till betydelsen av det berörda offentliga kontraktet i dess helhet.

89. Vad först beträffar prisändringen som sådan så är risken för snedvridning av konkurrensen när det gäller prissänkningar mindre än när det gäller prishöjningar. Sänkningen av ersättningen gagnar nämligen den upphandlande myndigheten och förbättrar dessutom normalt sett dess lönsamhet att genomföra kontraktet.

90. Det kan likväl inte utan vidare uteslutas att även avtalet om en lägre ersättning kan ha en snedvridande inverkan på konkurrensen. Den litauiska regeringen har med rätta påpekat detta.

91. Avgörande är vilka villkor den upphandlande myndigheten hade kunnat erhålla på marknaden *vid tidpunkten för kontraktsändringen*. Har till exempel priserna för den tjänst som är föremål för kontraktet allmänt sjunkit sedan den ursprungliga tilldelningen av det offentliga kontraktet så innebär endast den omständigheten att en lägre ersättning än hittills avtalas inte någon garanti för att konkurrensprincipen och lönsamhetsprincipen beaktas. Det skall i stället prövas om andra möjliga tjänsteleverantörer vid tidpunkten för kontraktsändringen hade kunnat erbjuda den upphandlande myndigheten den tjänst den ville ha till ett ännu mer fördelaktigt pris än dess dåvarande tjänsteleverantör.

92. Enligt den information som finns tillgänglig här finns det emellertid inte konkreta uppgifter som tyder på att den upphandlande myndigheten vid genomförande av ett upphandlingsförfarande hade kunnat uppnå

ett ännu mer fördelaktigt pris för en likvärdig tjänst än med APA som var den dåvarande tjänsteleverantören i form av det andra tillägget till baskontraktet.

93. Vad slutligen beträffar betydelsen av prissänkningen i förhållande till det offentliga kontraktet i dess helhet skall det beaktas att den ökade rabatten endast hade avtalats för en deltjänst, Internetförfrågningar ur APA:s informationstjänster, och inte för alla tjänster som skulle tillhandahållas av APA. Även om en rabatt som höjts med 10 procentenheter inte är utan betydelse för den aktuella deltjänsten minskar dess betydelse avsevärt i förhållande till hela kontraktet.

94. Det ankommer slutligen på Bundesvergabeamt att göra de fastställelser som krävs vad gäller betydelsen av prisändringen, såväl med avseende på den aktuella deltjänsten som i förhållande till det offentliga kontraktet i dess helhet.

95. Mot bakgrund av de uppgifter som har lämnats till domstolen anser jag i alla händelser inte att en prisändring som den som följer av den höjning av rabatten som beviljades i det andra tillägget år 2005 skall anses som en betydande ändring av kontraktet.

4. Den andra frågan

96. Bundesvergabeamt har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida den omständigheten att en upphandlande myndighet och tjänsteleverantören har ändrat ett mellan dem existerande offentligt kontrakt om tjänster under kontraktets löptid på så sätt att

— den ersättning som avtalats till följd av omställningen till euro inte längre anges i den nationella valutan utan i euro,

— värdesäkringsklausulen i kontraktet omformuleras genom hänvisning till ett efterföljande index till det index som hittills använts, och

— vissa avgifter numera avviker från de hittills avtalade,

skall anses som en ny upphandling av ett offentligt kontrakt avseende tjänster i den mening som avses i direktiv 92/50.

97. Bakgrunden till denna fråga är det första tillägget till baskontraktet som avtalades år 2001, i vilket sådana ändringar av bestämmelserna om ersättning ägde rum.

98. Rent tekniska anpassningar av kontraktet som inte har något avgörande inflytande på förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och dess avtalspart utgör inte någon ändring i sak av kontraktet. De kan i ännu mindre grad anses utgöra en betydande kontraktsändring som kräver att ett upphandlingsförfarande genomförs.

99. Har ett existerande kontrakt till följd av omställningen till euro ändrats på så sätt att de hittills avtalade ersättningarna anges i den nya valutan, utan att de emellertid höjs eller sänks, så rör det sig inte om en betydande kontraktsändring, utan endast om en teknisk anpassning av ett existerande kontrakt till förändrade yttre omständigheter.[44] Den nödvändiga avrundningen uppåt eller neråt av de nyberäknade beloppen i euro i enlighet med gällande lagstiftning är också en del av denna rent tekniska anpassning.

100. Hänvisningen till ett annat värdesäkringsindex än det som ursprungligen avtalats kan likaså anses som en rent teknisk anpassning av kontraktet om de båda indexen är likvärdiga. Påpekandet i beslutet om hänskjutande att det nya indexet är ett efterföljande index till det dittills gällande indexet tyder på att de är likvärdiga. Bundesvergabeamt måste emellertid därutöver fastställa huruvida funktionen med det nya indexet också är likvärdig med funktionen med det hittills gällande indexet. Till detta hör särskilt att de varukorgar eller övriga parametrar som indexen hänför sig till huvudsakligen måste vara likvärdiga.

101. Om däremot en valutaomräkning eller en indexomställning föranleder avtalsparterna att även ändra de avgifter som ursprungligen avtalats så går denna åtgärd utöver en rent teknisk anpassning av kontraktet. I det fallet kan det inte längre utan vidare uteslutas ett det föreligger en betydande kontraktsändring som påverkar konkurrensen mellan tjänsteleverantörer.

102. I förevarande fall ledde anpassningarna av baskontraktet genom det första tillägget enligt beslutet om hänskjutande till att maxtaxor tillämpades för upptagandet av vissa av myndigheternas meddelanden i OTS för åren 2002, 2003 och 2004 som inte kunde höjas.

103. Det ankommer på Bundesvergabeamt att avgöra om det därigenom företogs en betydande ändring av den ersättning som

44 — En anpassning av kontraktet till följd av omställningen till euro skulle visserligen inte vara nödvändig, eftersom det redan genom de gällande rättsliga ramarna säkerställs att alla belopp som tidigare angetts i den nationella valutan i framtiden skall förstås som belopp i euro utan att detta medför en förändring av existerande kontraktsenliga förpliktelser (se även artiklarna 3 och 5 i rådets förordning (EG) nr 1103/97 av den 17 juni 1997 om vissa bestämmelser som har samband med införandet av euron, EGT L 162, s. 1). Såsom emellertid APA och APA-OTS med rätta har anfört kan en uttrycklig anpassning av kontraktet, särskilt i ett kontrakt som ingåtts på obestämd tid, såsom det som föreligger i förevarande fall, vara av betydelse för att undvika den administrativa börda som en ständigt återkommande omräkning av valutan medför.

avtalats i baskontraktet. Det som är avgörande är vilken utveckling av de indexerade ersättningar som avtalats i baskontraktet som kunde förväntas vid en objektiv betraktelse enligt de uppgifter som fanns tillgängliga år 2001.

104. Om de maxtaxor som fastställts för åren 2002, 2003 och 2004 i huvudsak motsvarar de priser som sannolikt även hade varit tillämpliga vid en tillämpning av den värdesäkringsklausul som fastställts i baskontraktet så föreligger ingen betydande kontraktsändring. [45] Avviker de däremot avsevärt från den prisutveckling som kan förväntas enligt baskontraktet så skall det prövas vilken inverkan denna ändring har på konkurrensen. Vid denna prövning gäller de kriterier som angetts ovan avseende den tredje frågans andra del. [46]

105. Mot bakgrund av de uppgifter som har lämnats till domstolen anser jag i alla händelser att prisändringar som de som avtalats i det första tillägget rörde sig inom ramen för de årliga prisökningarna, såsom de kunnat förutses år 2001, och redan av det skälet inte utgör någon betydande kontraktsändring.

45 — Den maximala ersättningen per rad som avtalats i det första tillägget för åren 2002, 2003 och 2004 skiljer sig endast marginellt. Med förbehåll för en mer noggrann prövning av Bundesvergabeamt förefaller sådana marginella prisskillnader från år till år röra sig inom ramen för den allmänna prisutveckling som man år 2001 kan förvänta sig för följande år.

46 — Se ovan punkterna 81–94 i detta förslag till avgörande.

B — *Den fjärde och den femte frågan*

106. Med den fjärde och den femte frågan, i vilka Bundesvergabeamt har påtalat det tillämpliga upphandlingsförfarandet och bevis om en tjänsteleverantörs kapacitet, förutsätts att transaktioner som de från åren 2000, 2001 och 2005 över huvud taget kan betraktas som offentlig upphandling av en tjänst.

107. Mot bakgrund av de uppgifter som har lämnats till domstolen anser jag att ingen av dessa transaktioner utgjorde en sådan offentlig upphandling. [47] Den fjärde och den femte frågan prövas därmed bara för fullständighetens skull.

1. Den fjärde frågan

108. Bundesvergabeamt har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida ett offentligt kontrakt avseende tjänster får tilldelas som en enhet genom ett förhandlat förfarande utan tidigare meddelande om upphandling när kontraktet övervägande

47 — Se i detta hänseende vad jag har anfört ovan i punkterna 41–105 i förevarande förslag till avgörande avseende den första, den andra och den tredje frågan.

avser oprioriterade tjänster och inte alla utan endast vissa av de tjänster som skall tillhandahållas är skyddade av ensamrätt i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktiv 92/50.

a) Prioriterade och oprioriterade tjänster

109. Enligt artiklarna 8–10 i direktiv 92/50 görs en åtskillnad mellan prioriterade och oprioriterade tjänster. De förstnämnda definieras i bilaga 1 A till direktivet, de sistnämnda i bilaga 1 B. Bakgrunden till denna reglering är att kontrakt avseende oprioriterade tjänster, med hänsyn till deras speciella natur, a priori inte har ett sådant gränsöverskridande intresse som kan motivera att de tilldelas efter en anbudsinfordran. [48]

110. Bundesvergabeamt har med stöd av den argumentation som APA och APA-OTS framfört utgått från att nyhetsagenturtjänsterna som de som avtalats här är en blandning av prioriterade och oprioriterade tjänster, [49] varvid de oprioriterade tjänsterna avsevärt överväger i värde.

111. Om denna bedömning anses vara riktig, [50] så är bestämmelserna om oprioriterade tjänster totalt sett tillämpliga på det offentliga kontrakt som tilldelats APA (artikel 10 i direktiv 92/50). Därmed rör det sig om ett offentligt kontrakt som över huvud taget inte omfattas av något särskilt upphandlingsförfarande i den mening som avses i avdelning III i direktiv 92/50. [51]

b) Tillämpligheten av principen om insyn

112. Även vid upphandlingstransaktioner för vilka det inte föreskrivs några särskilda upphandlingsförfaranden i direktiven om offentlig upphandling skall emellertid enligt fast rättspraxis fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationa-

48 — Domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 25), punkt 25.

49 — APA och APA-OTS anser att deras dokumentationstjänster kan hänföras till verksamhetsområdet ”bibliotekstjänster” (”Library services”, CPC-referensnr 96311) och deras OTS-tjänster till verksamhetsområdet ”elektroniska nyhetstjänster” (”Electronic message and information services”, CPC-referensnr 75232).

50 — I beslutet om hänskjutande definieras den faktiska ram inom vilken tolkningsfrågorna skall besvaras. Se i detta avseende den rättspraxis som anges i fotnot 43.

51 — Enligt artikel 9 jämförd med artikel 10 i direktiv 92/52 skall (endast) artiklarna 14 och 16 i detta direktiv tillämpas på sådana kontrakt, vilka saknar betydelse för de frågor som är intressanta här. Övriga förfarandebestämmelser som föreskrivs i direktiv 92/50, särskilt de som avser upphandling med föregående meddelande om upphandling gäller inte för dessa kontrakt (domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 25), punkterna 23 och 24). Diskrimineringsförbudet i artikel 3.2 i direktiv 92/50 är emellertid tillämpligt (dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, Contse m.fl., REG 2005, s. I-9315, punkt 47).

litet i synnerhet beaktas.[52] Domstolen har nyligen slagit fast att detta även gäller för tilldelning av kontrakt avseende oprioriterade tjänster.[53]

113. Om ett kontrakt avseende oprioriterade tjänster alltså är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, så är *principen om insyn* som härletts ur de grundläggande friheterna tillämplig och en tilldelning av kontraktet får inte ske i avsaknad av insyn.[54]

114. Det ankommer på Bundesvergabeamt att pröva om tillhandahållandet av nyhetsagenturtjänster, såsom de som är föremål för kontraktet i förevarande fall, är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.[55] Därvid skall bland annat följande omständigheter beaktas:

— Den omständigheten att flera nyhetsagenturtjänster är internationellt verksamma talar för att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger. Även PN:s inträde på marknaden år 1999 visar att den österrikiska marknaden inte är helt ointressant för nya aktörer.

— Befintliga samarbetsavtal mellan olika nyhetsagenturer som är verksamma på sina respektive hemmamarknader, såsom de som nämndes i den muntliga förhandlingen, kan inte utan vidare utesluta att vissa av dessa agenturer i framtiden vill öka sitt engagemang på en marknad som den österrikiska genom sin närvaro på plats.

— Den omständigheten att en stor del av de tjänster som de österrikiska förbundsmyndigheterna behöver har en särskild anknytning till Österrike och till de regionala händelserna i delstaterna kan tala mot att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger.

c) Innehållet i principen om insyn

115. Av principen om insyn framgår att det skall garanteras att *tillräcklig grad av offent-*

52 — Domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 46. Se även dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkt 60, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), punkt 16, av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-8831), punkt 33, domen i målet ANAV (ovan fotnot 34), punkt 18, och dom av den 14 juni 2007 i mål C-6/05, Medipac-Kazantzidis (REG 2007, s. I-4557), punkt 33. Se även beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard (REG 2001, s. I-9505), punkt 20.

53 — Domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 25), punkt 29.

54 — Domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 25), punkt 30. Se avseende principen om insyn även domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 52), punkt 62, domen i målet Coname (ovan fotnot 52), punkterna 16 och 17, domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkterna 46–49, och domen i målet ANAV (ovan fotnot 34), punkterna 18–21.

55 — Domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 25), punkterna 29 och 30. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 31 januari 2008 i mål C-380/05, Centro Europa 7 (REG 2008, s. I-349), punkt 67.

lighet föreligger. [56] Det är fortfarande oklart vilka krav som följer därav för upphandlingstransaktioner för vilka det inte föreskrivs några särskilda upphandlingsförfaranden i direktiven om offentlig upphandling. Det står endast klart att det av principen om insyn inte nödvändigtvis följer en skyldighet att upphandla. [57]

116. I sista hand är det den upphandlande myndigheten som i varje enskilt fall skall fastställa den lämpliga graden av offentlighet, i syfte att öppna upphandlingstransaktionen för konkurrens och att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska. [58]

117. I allmänhet skall principen om insyn inte tolkas så att det är nödvändigt att tillämpa ett upphandlingsförfarande som i detalj överensstämmer med det som anges i direktiven om offentlig upphandling. [59] I annat fall skulle åtskillnaden mellan de upphandlingstransaktioner som omfattas av tillämpningsområdet för de ovannämnda direktiven och sådana som inte omfattas av detta vara meningslös. De finansiella tröskelvärden som gemenskapslagstiftaren fastställt skulle också i hög grad förlora sitt innehåll.

118. Av principen om insyn följer emellertid inte heller några längre gående krav för upphandlingstransaktioner för vilka direktiven om offentlig upphandling inte föreskriver några särskilda upphandlingsförfaranden, som för upphandlingstransaktioner för vilka sådana förfaranden föreskrivs i direktiven. [60] Direktiven om offentlig upphandling är nämligen bara en konkretisering av principen om insyn för vissa särskilt betydelsefulla upphandlingstransaktioner. [61]

119. Enligt principen om insyn kan med avseende på offentliga kontrakt som helt eller övervägande avser oprioriterade tjänster följaktligen inte högre grad av offentlighet krävas än för kontrakt som helt eller övervägande avser prioriterade tjänster.

56 — Domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 52), punkt 62, domen i målet Coname (ovan fotnot 52), punkterna 16 och 17, domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 49, och domen i målet ANAV (ovan fotnot 34), punkt 21.

57 — Domen i målet Coname (ovan fotnot 52), punkt 21. Såtillvida går det att missförstå domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 50, i vilken det i den giltiga tyska versionen talas om ”Ausschreibung” (anbudsinfordran), vilket emellertid har sin grund i en misslyckad översättning av det franska uttrycket ”mise en concurrence”.

58 — Domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 52), punkt 62, domen i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkterna 49 och 50, och domen i målet ANAV (ovan fotnot 34), punkt 21. Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT C 179, 2006, s. 2) ger också användbar information i detta sammanhang.

59 — Se även mitt förslag till avgörande i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 37.

60 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 2 juni 2005 i mål C-525/03, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-9405), punkt 47, generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande av den 14 september 2006 i mål C-532/03, kommissionen mot Irland (REG 2006, s. I-11353), punkt 111, och generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande av den 18 januari 2007 i mål C-195/04, kommissionen mot Finland (REG 2007, s. I-3351), punkterna 76 och 77. Se även mitt förslag till avgörande i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 46.

61 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 25), punkterna 27–29. Se även mitt förslag till avgörande i målet Parking Brixen (ovan fotnot 32), punkt 47.

120. För kontrakt avseende tjänster som på grund av skyddande av ensamrätt bara kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör [62] innebär detta att de alltid får tilldelas genom förhandlat förfarande utan tidigare meddelande om upphandling, oberoende av om det rör sig om prioriterade eller oprioriterade tjänster. Om ett sådant förfarande nämligen redan är tillåtet enligt artikel 11.3 b i direktiv 92/50 för prioriterade tjänster, så måste det i än högre grad vara tillåtet att tilldela oprioriterade tjänster i detta förfarande. De värderingar som kommer till uttryck i artikel 11.3 i direktiv 92/50 kan således även tillämpas på området för oprioriterade tjänster. I de fall där det enligt artikel 11.3 i direktiv 92/50 inte krävs något föregående meddelande om upphandling kan något annat inte heller följa av principen om insyn. [63]

121. Tillräcklig insyn som garanterar att transaktionen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska kan vad gäller tjänster i den mening som avses i artikel 11.3 i direktiv 92/50 även säkerställas genom ett meddelande om upphandling i efterhand.

62 — Det ankommer på Bundesvergabeamt att avgöra om det föreligger en sådan ensamrätt i förevarande fall.

63 — Se, för ett liknande resonemang, även kommissionens meddelande (ovan fotnot 58), punkt 2.1.4.

d) Tilldelning av ett blandat kontrakt avseende tjänster som en enhet

122. Det kvarstår att pröva om ett offentligt kontrakt avseende tjänster får tilldelas genom förhandlat förfarande utan tidigare meddelande om upphandling *som en enhet* när inte alla utan endast vissa av de tjänster som skall tillhandahållas är skyddade av ensamrätt i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktiv 92/50.

123. Av princip skall bestämmelserna i artikel 11.3 i direktiv 92/50, enligt vilka det får göras undantag från de bestämmelser som syftar till att säkerställa efterlevnaden av de rättigheter som föreskrivs i fördraget med avseende på offentlig upphandling av tjänster, tolkas restriktivt. [64] Vad gäller transaktioner som avser en samling tjänster talar detta för att endast tillåta att ett förhandlat förfarande tillämpas utan tidigare meddelande om upphandling för de tjänster som konkret omfattas av artikel 11.3.

124. En sådan separat tilldelning av tjänster i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktiv 92/50 kommer emellertid endast i fråga när det offentliga kontraktet över

64 — Dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11197), punkt 23, och av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609), punkt 58. Se även artikel 11.4 i direktiv 92/50 enligt vilken ett öppet eller selektivt förfarande skall tillämpas ”i alla andra fall”.

huvud taget är delbart. Det kan därvid inte vara ensamt avgörande om kontraktet är delbart teoretiskt sett, utan hänsyn måste även tas till tjänsternas ändamål och ändamålsenliga verkan, beroende på om de utförs separat eller av en person.

125. I förevarande fall har APA och APA-OTS, Republiken Österrike och Bundeskanzleramt på ett övertygande sätt visat hur nära sambandet mellan de olika nyhetsagenturtjänster som avtalats i baskontraktet är. Det är till exempel inte lämpligt att låta en tjänsteleverantör utföra redaktionellt arbete och låta en annan tjänsteleverantör sända de reaktioner som detta framkallar, eftersom det inte är säkert att båda tjänsteleverantörer riktar sig till samma slutanvändare. På en rapport som publicerats i tidning A kan man inte svara med ett uttalande i tidning B. Därutöver är det också av avgörande betydelse för tjänsternas användarvänlighet att databaser som är kopplade till varandra är tillgängliga via ett enhetligt användargränssnitt.

126. Den omständigheten att OTS-tjänsterna numera tillhandahålls av APA-OTS och inte längre av APA talar inte för att de olika beståndsdelarna i avtalet kan delas upp. Såsom redan har nämnts är det därvid nämligen endast fråga om en rent intern omorganisering hos tjänsteleverantören. Ur ekonomisk synvinkel ägde inte något utbyte av tjänsteleverantör rum, APA-OTS kontrolleras snarare av APA som en egen företagsavdelning. [65] Dessutom är de olika tjänsterna fortfarande kopplade till varandra och kan tillgås enhetligt.

127. Allt detta talar med förbehåll för Bundesvergabeamts konkreta bedömning av de faktiska omständigheterna mot en delbarhet av kontraktet avseende tjänster mellan Republiken Österrike och APA och därmed mot en skyldighet att göra en separat upphandling av olika beståndsdelar i kontraktet.

128. En sådan slutsats motsägs inte av att kontraktet avseende tjänster i förevarande fall såväl avser prioriterade som oprioriterade tjänster. Av artikel 10 i direktiv 92/50 framgår att det ingalunda krävs en separat upphandling av prioriterade och oprioriterade tjänster. [66]

129. Det skulle endast förhålla sig på annat sätt om den upphandlande myndigheten hade hänfört de olika tjänsterna till ett och samma tjänstekontrakt, på ett konstlat sätt eller endast i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling. [67] I förevarande fall finns det emellertid inget som talar för att det skulle förhålla sig på det sättet. Enligt de uppgifter som har lämnats till domstolen talade tvärtom objektiva skäl för att alla aktuella tjänster skulle upphandlas som en enhet. [68]

65 — Se i detta avseende ovan punkterna 20, 61 och 62 i detta förslag till avgörande.

66 — Se även domen i målet Felix Swoboda (ovan fotnot 15), punkterna 56 och 60.

67 — Domen i målet Felix Swoboda (ovan fotnot 15), punkterna 57 och 60.

68 — Se ovan punkt 125 i detta förslag till avgörande.

e) Slutsats i denna del

130. Sammanfattningsvis kan således följande fastställas avseende den fjärde frågan:

Ett offentligt kontrakt avseende tjänster får upphandlas som en enhet genom ett förhandlat förfarande utan tidigare meddelande om upphandling när kontraktet övervägande avser oprioriterade tjänster och inte alla utan endast vissa av de tjänster som skall tillhandahållas är skyddade av ensamrätt i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktiv 92/50, såvida inte de olika tjänsterna har hänförts till ett och samma tjänstekontrakt på ett konstlat sätt eller endast i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.

2. Den femte frågan

131. Bundesvergabeamt har ställt den femte frågan för att få klarhet i huruvida ett företag kan bevisa sin kapacitet att utföra ett offentligt tjänstekontrakt endast genom att åberopa att ett annat företag enligt artikel 82 EG är förpliktat att till rimliga villkor lämna ut vissa uppgifter.

132. Bakgrunden till denna fråga är den omständigheten att tillhandahållandet av nyhetsagenturtjänster, såsom de som efterfrågas av de österrikiska myndigheterna i förevarande fall, förutsätter att det finns tillgång till ett omfattande arkiv, från vilket bland annat historisk information och texter kan tillgås. Enligt uppgifter i beslutet om hänskjutande har inte PN något historiskt dataarkiv som tillnärmelsevis skulle kunna jämföras med APA:s. APA ger inte heller sina konkurrenter tillgång till sitt arkiv, i vart fall inte i syfte att sälja vidare de uppgifter som kan tillgås där. Det skall klargöras om PN får göra gällande att den har rätt till tillgång till APA:s arkiv, särskilt till dess databank APADok, som bevis för sin kapacitet i den mening som avses i artikel 31 i direktiv 92/50.

133. Därmed anspelas på teorin om ”essential facilities” som diskuteras i konkurrensrätten. Enligt den rättspraxis som är tillämplig på området kan inom ramen för artikel 82 EG en vägran av ett företag som har en dominerande ställning på marknaden att ge ett annat företag tillgång till oumbärliga varor, tjänster eller uppgifter (*essential facilities*) emellertid endast under särskilda omständigheter anses utgöra missbruk. [69] I sådana fall kan av artikel 82 EG en skyldighet att ingå avtal följa för det företag som har en dominerande ställning på marknaden.

69 — Dom av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, ”Magill” (REG 1995, s. I-743), punkterna 49–57, av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), punkterna 38–47, och dom av den 29 april 2004 i mål C-418/01, IMS Health (REG 2004, s. I-5039).

134. Frågan huruvida en databank som arkivet APADok som bedrivs av APA innehåller uppgifter som är oumbärliga för deras konkurrenter, det vill säga är en ”essential facility”, och om det föreligger särskilda omständigheter här, som medför att APA är förpliktad att till rimliga villkor ge deras konkurrenter tillgång till deras arkiv behöver emellertid inte besvaras i förevarande fall.

135. En tjänsteleverantör som i syfte att tillåtas delta i ett anbudsförfarande, vill hänvisa till resurser hos andra organ eller företag skall visa att det *faktiskt* förfogar över dessa resurser.[70] I annat fall kan den upphandlande myndigheten inte göra en tillfredsställande jämförelse mellan dess kapacitet med kapaciteten hos andra möjliga tjänsteleverantörer. Skulle den upphandlande myndigheten endast vilja förlita sig på tjänsteleverantörens *potentiella* tillgång till berörda resurser, så skulle den löpa risken att kontraktet tilldelas ett företag vars kapacitet i efterhand, det vill säga vid svårigheter med att få tag på nödvändiga resurser, visar sig vara bristande. Samtidigt skulle den möjligtvis medföra att ett annat företag som faktiskt har kapacitet går miste om kontraktet. Ett sådant tillvägagångssätt är varken förenligt med tanken att alla möjliga tjänsteleverantörer skall ges lika möjligheter eller lönsamhetsprincipen i ett upphandlingsförfarande.

70 — Dom av den 2 december 1999 i målet Holst Italia (ovan fotnot 31), punkt 29, domen i målet Siemens och ARGE Telekom (ovan fotnot 15), punkt 44, och av den 18 november 2004 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 64), punkt 22. För framtida fall se även artikel 48.3 i direktiv 2004/18, i vilken denna rättspraxis har kodifierats.

136. En nyhetsagentur som PN får alltså inte endast påstå att den har en rätt till tillgång till APA:s arkiv utan måste konkret visa att den faktiskt ges tillgång till detta, till exempel i form av uttrycklig viljeförklaring eller licensavtal som redan slutits. I annat fall kan den inte med framgång bevisa sin kapacitet i ett upphandlingsförfarande genom en hänvisning till APA:s arkiv.

137. De i regel korta fristerna, inom vilka ett beslut måste fattas i upphandlingsförfarandet, tillåter inte det oftast mycket utdragna klarläggandet av svåra rättsliga frågor i samband med artikel 82 EG och teorin om ”essential facilities”. Det berörda företaget måste vänta tills en eventuell tvist i denna fråga avgörs innan det ansöker om ett offentligt kontrakt.

138. Det kan med avseende på den femte frågan således fastställas att ett företag inte kan bevisa sin kapacitet att utföra ett offentligt tjänstekontrakt endast genom att åberopa att ett annat företag enligt artikel 82 EG är förpliktat att till rimliga villkor lämna ut vissa uppgifter till företaget.

C — *Den sjätte och den sjunde frågan*

139. Bundesvergabeamt har ställt den sjätte och den sjunde frågan för att få klarhet vad gäller räckvidden av det rättsliga skydd som ett företag som inte beaktats av en upphandlande myndighet skall åtnjuta. Även dessa frågor förutsätter nödvändigtvis att transaktioner som de från åren 2000, 2001 och 2005 över huvud taget anses som en offentlig upphandling av en tjänst. Detta har även Bundesvergabeamt anfört i beslutet om hänskjutande.

140. Mot bakgrund av de uppgifter som har lämnats till domstolen anser jag, såsom redan anförts ovan, att ingen av dessa transaktioner utgjorde en sådan upphandling. [71] Den sjätte och den sjunde frågan prövas därmed bara för fullständighetens skull.

1. Den sjätte frågan

141. Bundesvergabeamts sjätte fråga avser tolkningen av begreppet ”skadats” i artiklarna 1.3 och 2.1 c i direktiv 89/665/EEG. Såsom redan nämnts, [72] kan denna fråga endast upptas till sakprövning med avseende på artikel 1.3 i direktivet.

142. Bundesvergabeamt har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida ett prövningsförfarande redan skall genomföras när klaganden gör gällande att den inte har haft möjlighet att delta i en offentlig upphandling, därför att det felaktigt inte har publicerats ett meddelande om upphandling, eller om klaganden dessutom måste bevisa sin kapacitet att utföra det offentliga kontraktet. I det följande skall alltså *rätten att ansöka* om ett prövningsförfarande belysas närmare.

143. I artikel 1.3 i direktiv 89/665 ges medlemsstaterna möjlighet att begränsa rätten att ansöka om ett prövningsförfarande för en offentlig upphandling i två avseenden [73]. För det första genom kravet på att den som lämnat in ansökan skall ha ett intresse av det offentliga kontraktet och för det andra genom kravet på att den som lämnat in ansökan har skadats eller riskerat att skadas. På så vis kan allmänna klagomål och talan från sökande som uppenbarligen inte kan ha något hopp om framgång uteslutas.

71 — Se i detta hänseende vad jag har anfört ovan i punkterna 41–105 i förevarande förslag till avgörande avseende den första, den andra och den tredje frågan.

72 — Se i detta avseende punkterna 35–37 i förevarande förslag till avgörande.

73 — Hänvisningen till varor och bygg- och anläggningsarbeten skall sedan utvidgningen av tillämpningsområdet för direktiv 89/665 genom direktiv 92/50 tolkas så, att den omfattar alla offentliga kontrakt, det vill säga även kontrakt avseende tjänster. Den omständigheten att endast artikel 1.1 i direktiv 89/665 anpassats, men inte artikel 1.3, är hänförlig till ett redaktionellt förbiseende från gemenskapslagstiftarens sida, vilket har korrigerats för framtida fall genom direktiv 2007/66.

144. Därvid får emellertid direktivets ändamålsenliga verkan inte äventyras. [74] Begränsningarna av rätten att lämna in en ansökan skall därför tolkas mot bakgrund av direktivets dubbla mål, å ena sidan att ge enskilda ett *effektivt rättsskydd* i samband med den offentliga upphandlingen av tjänster och, å andra sidan, att möjliggöra en lämplig *legalitetskontroll* av upphandlande myndigheters beslut.

145. Såsom framgår av första och andra skälen i direktiv 89/665, är dess ändamål nämligen att stärka gällande bestämmelser på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå för att säkerställa att direktiven om offentlig upphandling tillämpas. Det är i detta syfte som medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs en skyldighet att säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt. [75]

146. Mot den bakgrunden får rätten att ansöka om ett prövningsförfarande om offentlig upphandling inte begränsas i alltför hög grad. I synnerhet får inte samma krav ställas i fråga om ansökan om ett prövningsförfarande kan *upptas till sakprövning* och *prövningen i sak*. [76]

147. Det kan alltså inte vara fråga om att redan vid den tidpunkten då ansökan lämnas in av den berörde kräva bevisning för att denne skadats eller riskerat att skadas. För rätten att lämna in ansökan om ett prövningsförfarande måste det i stället räcka att den berörde – utöver den upphandlande myndighetens rättsstridighet – *på ett övertygande sätt hävdar* sitt intresse av det aktuella kontraktet och att skada *kan* uppkomma.

148. Det kan antas att en skada kan uppkomma när det inte är uppenbart att det kan uteslutas att sökanden utan den upphandlande myndighetens påstådda rättsstridighet hade tilldelats kontraktet. Har det offentliga kontraktet, såsom i förevarande fall, tilldelats genom direktupphandling [77] utan föregående meddelande om upphandling så följer redan av den omständigheten att dess möjlighet att delta i en offentlig upphandling äventyrats, vilket påståtts vara rättsstridigt, att sökanden möjligen gått miste om ett kontrakt och en skada således uppstått. [78]

74 — Dom av den 19 juni 2003 i mål C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner m.fl. (REG 2003, s. I-6413), punkterna 31 och 34, av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkt 72, och av den 12 februari 2004 i mål C-230/02, Grossmann Air Service (REG 2004, s. I-1829), punkt 42.

75 — Dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671), punkterna 33 och 34, domen i målet Fritsch, Chiari & Partner m.fl. (ovan fotnot 74), punkt 30, domen i målet Universale-Bau m.fl. (ovan fotnot 74), punkt 74, och domen i målet Grossmann Air Service (ovan fotnot 74), punkt 36.

76 — Endast den omständigheten att det *i slutet av prövningsförfarandet* eventuellt inte kan bevisas att skada uppkommit eller riskerar att uppkomma talar som sådan inte mot att uppta en ansökan om prövning till sakprövning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2003 i mål C-249/01, Hackermüller, REG 2003, s. I-6319, punkt 27).

77 — Även kallad direkttilldelning.

78 — Se även den tyska Bundesverfassungsgericht (federal konstitutionsdomstol), beslut av den 29 juli 2004 (2 BvR 2248/03, stycke nr 36 i slutet).

149. Det kan vid tidpunkten för ansökan om prövning inte krävas att den berörde lämnar in konkret bevisning för sin kapacitet på samma sätt som det inte kan krävas att han lämnar bevisning för att han hade tilldelats kontraktet utan det påstått rättsstridiga handlandet. [79] I annat fall vore det i praktiken omöjligt eller i vart fall orimligt svårt för honom att ansöka om ett prövningsförfarande. [80] Särskilt vid direktupphandling, som i förevarande fall, skulle det knappt vara möjligt för den berörde att bevisa sin kapacitet, eftersom han i brist på föregående meddelande om upphandling saknar exakta uppgifter om de krav som ställts av den upphandlande myndigheten.

150. En ansökan om prövning kan endast i undantagsfall avvisas *omedelbart* med hänvisning till den berördes bristande kapacitet, nämligen när hans bristande kapacitet redan vid tidpunkten för ansökan var så uppenbar att den inte behöver granskas ingående. Allt annat avser emellertid prövningen i sak av ansökan.

151. Det kan med avseende på den sjätte frågan således fastställas att en ansökan om prövning i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665 redan kan tas upp till sakprövning när sökanden *hävdar* sitt intresse av det offentliga kontraktet, det rättsliga felet och den skada som eventuellt uppkommit eller riskerar att uppkomma. Har kontraktet tilldelats utan föregående meddelande om upphandling så följer redan av den omständigheten att hans möjlighet att delta i en offentlig upphandling äventyrats att skada eventuellt uppstått för sökanden, såvida inte hans bristande kapacitet är uppenbar.

2. Den sjunde frågan

152. Bundesvergabeamt har ställt sin sjunde fråga för att få klarhet i huruvida den omständigheten att det i nationell lagstiftning för en upphandlingsrättslig fastställelsetalan, som är en nödvändig förutsättning för en eventuell skadeståndstalan, föreskrivs en preklusionsfrist på högst sex månader från det datum då den påstått rättsstridiga tilldelningen ägde rum är förenlig med likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. Bundesvergabeamt har även frågat sig om effektivitetsprincipen innebär ett krav på att till den ovannämnda fristen på sex månader lägga till perioder under vilka det inte fanns något effektivt rättsmedel enligt nationell lagstiftning.

153. Bakgrunden till denna fråga är att PN ansökte om prövning vid Bundesvergabeamt först i juli 2006, det vill säga visserligen inom sex månader efter det att de nya förfarandebestämmelserna i 331 § BVergG 2006 trätt i kraft den 1 februari 2006, men mer än sex månader efter de här omtvistade transaktionerna från åren 2000, 2001 och 2005. Enligt Bundesvergabeamt kan direktupphandlingar (facto-upphandlingar) i Österrike ”effektivt angripas” först sedan 331 § BVergG 2006 trätt i kraft.

79 — Se, för ett liknande resonemang, Bundesverfassungsgericht (ovan fotnot 78), stycke nr 26 och nr 29.

80 — Se, för ett liknande resonemang, avseende ersättning, generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 10 oktober 2002 i målet GAT (ovan fotnot 20), punkt 66.

154. Direktiv 89/665 innehåller inte någon uttrycklig reglering avseende prövningsförfaranden enligt de i artikel 1 i direktivet tillämpliga fristerna.

155. Utgångspunkten vid besvarandet av den fråga som ställts till domstolen är således principen om medlemsstaternas *processuella autonomi*. [81] Det framgår av fast rättspraxis att i avsaknad av gemenskapsbestämmelser på området skall varje medlemsstat i sin rättsordning ange vilka myndigheter som är behöriga och fastställa de processuella regler för att väcka talan som har till syfte att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av gemenskapsrätten. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än de som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (*likvärdighetsprincipen*) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten (*effektivitetsprincipen*). [82] De båda principerna kommer även till uttryck i artikel 1 i direktiv 89/665. Likvärdighetsprincipen i artikel 1.2 och effektivitetsprincipen i artikel 1.1.

156. *Likvärdighetsprincipen* är ett uttryck för den allmänna principen om likabehandling och icke-diskrimineringsprincipen, [83] vilka innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [84]

157. Kommissionen, APA och APA-OTS har i detta sammanhang med rätta hänvisat till en egenhet som är kännetecknande för det upphandlingsrättsliga prövningsförfarandet. I artikel 1.1 i direktiv 89/665 föreskrivs ett krav på att medlemsstaterna skall möjliggöra att överträdelser av upphandlingsrätten *prövas skyndsamt.* På så sätt skall för det första ett effektivt rättsskydd garanteras, för det andra skall rättssäkerhet skapas så snabbt som möjligt. Denna målsättning motiverar att det för ansökan om prövning i den mening som avses i direktiv 89/665 eventuellt skall föreskrivas frister som är kortare än de preskriptionsfrister som gäller för skadeståndstalan enligt allmänna nationella bestämmelser.

158. Likvärdighetsprincipen utgör således inget hinder mot en preklusionsfrist på sex månader för ansökan om prövning som den som föreskrivs i 332 § punkterna 2 och 3 BVergG 2006, även om den allmänna

81 — Domen i målet Universale-Bau (ovan fotnot 74), punkt 71. Angående begreppet ”processuell autonomi”, se dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Wells (REG 2004, s. I-723), punkt 67, av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler m.fl. (REG 2006, s. I-6057), punkt 95, och av den 28 juni 2007 i mål C-1/06, Bonn Fleisch (REG 2007, s. I-5609), punkt 41.

82 — Dom av den 19 december 1968 i mål 13/68, Salgoil (REG 1968, s. 680, på s. 693; svensk specialutgåva, volym 1, s. 367), av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe-Zentralfinanz (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12, av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkterna 39 och 43, och av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 28.

83 — Se mitt förslag till avgörande av den 9 januari 2008 i mål C-268/06, Impact, punkt 67. Avseende likhetsprincipen, se fast rättspraxis, bland annat dom av den 12 september 2006 i mål C-300/04, Eman och Sevinger (REG 2006, s. I-8055), punkt 57, och av den 3 maj 2007 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld (REG 2007, s. I-3633), punkt 56, och av den 11 september 2007 i mål C-227/04 P, Lindorfer mot rådet (REG 2007, s. I-6167), punkt 63.

84 — Se även, för ett liknande resonemang, avseende återbetalning av avgifter, dom av den 15 september 1998 i mål C-231/96, Edis (REG 1998, s. I-4951), punkt 37.

preskriptionsfristen för skadeståndstalan är längre enligt nationell lagstiftning.

159. Det återstår emellertid att med avseende på *effektivitetsprincipen* pröva om en preklusionsfrist som den som föreskrivs i österrikisk lagstiftning för talan om fastställelse inte medför att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt för berörda att senare göra gällande sin rätt till ersättning i den mening som avses i artikel 2.1 c i direktiv 89/665.

160. Det strider i princip inte mot effektivitetsprincipen att fastställa skäliga frister för att väcka talan vid äventyr av preklusion, eftersom ett sådant fastställande utgör en tillämpning av den grundläggande principen om rättssäkerhet. [85]

161. Huruvida en preklusionsfrist är skälig skall därvid bedömas mot bakgrund av typen och de rättsliga följderna av talan samt mot bakgrund av de berördas ifrågavarande rättigheter och intressen.

162. För ansökan om prövning som syftar till att – retroaktivt eller för framtiden – få förklarat att avtal som redan ingåtts saknar giltig verkan är en absolut preklusionsfrist på sex månader i princip skälig. [86] Den särskilt allvarliga rättsföljden att ett avtal som redan ingåtts saknar giltig verkan rättfärdigar nämligen en frist som även löper oberoende av om sökanden hade kännedom om rättsstridigheter i upphandlingen eller om han åtminstone borde ha haft kännedom om dessa. Såväl för den upphandlande myndigheten som för dess avtalspart finns ett klart och skyddsvärt behov av rättssäkerhet vad gäller giltigheten av det avtal som ingåtts.

163. Med avseende på ett fall som det förevarande skall det emellertid erinras om att den absoluta preklusionsfristen på sex månader, som den som föreskrivs i 332 § punkterna 2 och 3 BVergG 2006 för talan om fastställelse enligt 331 § punkt 1 i denna lag, inte endast gäller den person vars syfte är att åstadkomma att ett avtal som redan ingåtts fastställs sakna giltig verkan, utan även den som vill vidta en processrättslig åtgärd som är oundgänglig för att förbereda en eventuell skadeståndstalan vid de österrikiska civildomstolarna.

164. Om den berörde alltså först efter mer än sex månader får kännedom om den skada som uppkommit för honom på grund av en rättsstridig upphandling utan föregående meddelande om upphandling

85 — Fast rättspraxis, se bland annat domen i målet Rewe-Zentralfinanz (ovan fotnot 82), punkt 5, domen i målet Edis (ovan fotnot 84), punkterna 20 och 35, och dom av den 17 juni 2004 i mål C-30/02, Recheio – Cash & Carry (REG 2004, s. I-6051), punkt 18. Särskilt vad gäller direktiv 89/665, se vidare domen i målet Universale-Bau (ovan fotnot 74), punkt 76, dom av den 27 februari 2003 i mål C-327/00, Santex (REG 2003, s. I-1877), punkt 50, och av den 11 oktober 2007 i mål C-241/06, Lämmerzahl (REG 2007, s. I-8415), punkt 50.

86 — Se i detta avseende även artikel 2 f första stycket b jämförd med artikel 2 d första stycket i direktiv 89/665 i dess lydelse enligt direktiv 2007/66.

(direktupphandling eller de facto-upphandling) så kan han inte längre ens framställa skadeståndskrav vid civildomstolarna, eftersom detta enligt 341 § punkt 2 BVergG 2006 förutsätter att det dessförinnan väckts en fastställelsetalan som vid denna tidpunkt emellertid redan är preskriberad.

165. Därmed sträcker sig inverkan av preklusionsfristen i 332 § punkterna 2 och 3 BVergG 2006 utanför dess egentliga tillämpningsområde och omfattar även efterföljande förfaranden för vilka de strikta fristerna emellertid inte är skäliga. Vad gäller skadeståndskrav har upphandlande myndigheter nämligen inte samma behov av rättssäkerhet som vad gäller giltigheten av ett avtal som ingåtts.

166. Om en medlemsstat har utnyttjat möjligheten enligt artikel 2.2 och 2.5 i direktiv 89/665 och skadeståndstalan endast kan väckas under förutsättning att det fastställelseförfarande som genomförts dessförinnan har genomförts framgångsrikt måste de där gällande fristerna utformas och tillämpas på så sätt att de inte medför att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande rätten till ersättning. [87]

167. Enligt effektivitetsprincipen krävs att fristen för en ansökan om fastställelse, med vilken sökanden endast förbereder en talan om skadestånd, inte börjar löpa förrän sökanden haft kännedom om skadan eller borde ha haft kännedom om denna. Om sökanden med en sådan ansökan om fastställelse däremot även syftar till att få det avtal som slutits av den upphandlande myndigheten ogiltigförklarat, kan striktare tidsfrister föreskrivas, som börjar löpa oberoende av kännedom eller möjligheten att få kännedom om en eventuell skada.

168. Den nationella domstolen skall i möjligaste mån tolka den nationella processrätten på så sätt att det säkerställs att effektivitetsprincipen som framgår av direktiv 89/665 iakttas, och om så är nödvändigt underlåta att tillämpa en bestämmelse som, om den tillämpades, i det enskilda fallet skulle leda till ett resultat som strider mot gemenskapsrätten. [88]

169. I ett fall som det förevarande, i vilket det rör sig om en direktupphandling utan föregående meddelande om upphandling, innebär detta att fristen för ansökan om fastställelse inte får börja löpa förrän den berörde haft kännedom eller borde ha haft kännedom om den påstådda överträdelsen av upphandlingsrätten om denna ansökan framställs som en nödvändig förutsättning för en eventuell skadeståndstalan.

87 — Betydelsen av den konkreta utformningen och den praktiska tillämpningen av en fristregel betonas även i domen i målet Lämmerzahl (ovan fotnot 85), punkterna 52, 56 och 61.

88 — Domen i målet Santex (ovan fotnot 85), punkterna 62–64, och domen i målet Lämmerzahl (ovan fotnot 85), punkterna 62 och 63.

170. Bundesvergabeamt har i sitt beslut om hänskjutande antytt att ett resultat som är förenligt med gemenskapsrätten enligt dess uppfattning kan uppnås i förevarande fall genom att för det första den nyskapade överklagandemöjligheten i 331 § punkt 1 moment 4 BVergG 2006 tillämpas på händelser från tiden före dess ikraftträdande och för det andra de tillämpliga fristerna beräknas med hänvisning till vissa allmänna civilrättsliga bestämmelser, så att de inte börjar löpa innan sökanden får kännedom om skadan och förlängs med perioder, i vilka det inte fanns något effektivt rättsmedel.

171. Vad gäller den sjunde frågan kan sammanfattningsvis följande fastställas:

Enligt effektivitetsprincipen krävs att artikel 1.1 i direktiv 89/665 tolkas så att det för en ansökan om prövning som enligt nationell lagstiftning är en nödvändig förutsättning för en eventuell skadeståndstalan finns en skälig frist som inte får börja löpa förrän den berörde haft kännedom eller borde ha haft kännedom om den påstådda överträdelsen av upphandlingsrätten och som förlängs med perioder, under vilka det inte fanns något effektivt rättsmedel. Den nationella domstolen skall i möjligaste mån tolka den nationella processrätten på så sätt att detta resultat uppnås, och skall om så är nödvändigt underlåta att tillämpa en bestämmelse som, om den tillämpades, i det enskilda fallet skulle leda till ett resultat som strider mot gemenskapsrätten.

VII — Förslag till avgörande

172. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen endast besvarar de första tre tolkningsfrågorna som österrikiska Bundesvergabeamt ställt och att svaret skall bli följande:

1) Allmänt avseende den första, den andra och den tredje frågan:

Om ett kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 ändras i sak under dess löptid behöver ett upphandlingsförfarande inte genomföras, såvida det inte rör sig om en betydande ändring av kontraktet.

2) Särskilt avseende den första frågan:

a) En betydande ändring av kontraktet kan inte antas föreligga om den upphandlande myndigheten accepterar att utförandet av en del av det offentliga uppdraget överförs till ett dotterbolag till uppdragstagaren i vilket uppdragstagaren äger 100 procent av aktierna och som denne kontrollerar på motsvarande sätt som en egen företagsavdelning. Den omständigheten att uppdragstagaren teoretiskt sett vid en senare tidpunkt kan sälja andelar i dotterbolaget till tredje man utgör inte hinder mot detta.

b) Om uppdragstagaren är en juridisk person, utgör förändringar inom kretsen av dess andelsägare under kontraktets löptid inte någon betydande ändring av kontraktet.

3) Särskilt avseende den andra och den tredje frågan:

a) En betydande ändring av kontraktet kan inte antas föreligga om det görs rent tekniska anpassningar av kontraktet till förändrade yttre omständigheter. Till dessa hör omräkningen av ersättning som ursprungligen uttryckts i nationell valuta till euro och hänvisningen till ett nytt värdesäkringsindex som anses som ett likvärdigt efterföljande index till ett index som dittills använts.

b) En betydande ändring av kontraktet kan inte heller antas föreligga när det till ett offentligt tjänstekontrakt på obestämd tid avtalas en klausul om avstående från uppsägning som endast gäller för tre år, såvida det inte finns konkreta uppgifter som talar för att den upphandlande myndigheten i annat fall redan under den avtalade giltighetstiden för klausulen om avstående från uppsägning hade frigjort sig från det existerande kontraktet av rättsliga eller ekonomiska skäl.

c) Huruvida en ändring i sak av ersättningen för en del av de tjänster som skall tillhandahållas utgör en betydande ändring av kontraktet beror på betydelsen av ändringen av ersättningen, såväl med avseende på den aktuella deltjänsten som i förhållande till det offentliga kontraktet i dess helhet.