FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 15. juni 2000 *

1. En række administrative myndigheder i Østrig har i henhold til den nationale lovgivning om vandkvalitet gennemført en procedure vedrørende tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler om prøveudtagninger og analyser af vand fra østrigske søer og floder.

2. At der i udbudsproceduren både har deltaget organer, der modtager tilskud, og rent private bydende, har givet anledning til en tvist, som har ført til, at den østrigske ret, som hovedsagen er indbragt for, har forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål.

Spørgsmålene drejer sig i det væsentlige om, hvorvidt det er foreneligt med fællesskabsretten, at der gives organer, som modtager tilskud, og som er hjemmehørende i den medlemsstat, hvor også den ordregivende myndighed er hjemmehørende, og har hjemsted i denne stat, adgang til at deltage i procedurer vedrørende tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

3. De spørgsmål, som den omtvistede udbudsprocedure har givet anledning til, vedrører ligebehandlingsprincippet i to henseender.

Dels drejer det sig om, hvorvidt det er i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, eller det i det mindste udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, at der gives tilskudsmodtagende organer adgang til at afgive bud, når de organer, som der er tale om, alle er østrigske.

Dels drejer det sig om, hvorvidt den fordel over for de øvrige bydende, som disse organer kan drage af de offentlige tilskud, som de modtager, er forenelig med den med direktiv 92/50/EØF [1] tilstræbte målsætning om en effektiv konkurrence, også selv om der ikke kan påvises nogen begrænsning af samhandelen.

* Originalsprog: fransk.

1 — Rådets direktiv af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktivet«).

I — Direktivet

4. Direktivet har til formål at samordne fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Det bidrager derved til den gradvise oprettelse af det indre marked, der defineres som et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital [2].

5. Direktivet tager navnlig sigte på at undgå hindringer for den frie bevægelighed for tjenesteydelser [3]. Det er begrundet i nødvendigheden af at forbedre tjenesteydernes adgang til udbudsprocedurerne for at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed og begrænser andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse i kontrakter i særdeleshed [4].

6. Artikel 3, stk. 1 og 2, er affattet således:

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

2. Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.«

7. I artikel 6 fastsættes en undtagelse fra anvendelsen af direktivet. Det bestemmes i artiklen:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, som tildeles et organ, som selv er en ordregivende myndighed i den i artikel 1, litra b), fastsatte betydning, på grundlag af en eneret, der er tildelt det i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten.«

8. I direktivets artikel 37 fastsættes en række forpligtelser, som den ordregivende myndighed skal overholde, når den påtænker at afvise unormalt lave bud. Artikel 37, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Hvis bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne bud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og efterkontrollere denne sammensætning under hensyntagen til de modtagne forklaringer.«

2 — Første og anden betragtning.
3 — Sjette betragtning.
4 — Tyvende betragtning.

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

9. I medfør af deres beføjelser i henhold til den østrigske ordning for indirekte forbundsforvaltning gennemførte Ämter der Landesregierungen (delstatsregeringernes myndigheder) i Salzburg, Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark, Kärnten, Tirol og Burgenland samt Landeswasserbauamt (delstatsvandmyndigheden) i Vorarlberg en åben udbudsprocedure vedrørende prøveudtagninger og vandanalyser i 1998/1999 og 1999/2000 i henhold til Wassergüte-Erhebungsverordnung [5] (bekendtgørelse om vandkvalitetskontrol).

10. ARGE Gewässerschutz [6], en sammenslutning af virksomheder og ingeniører, og en række andre organer, herunder Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH [7] og Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH [8], afgav bud inden for rammerne af denne procedure.

11. ARGE, der mente, at de tilskud, som de sidstnævnte bydende modtager, giver dem konkurrencefordele og skaber en hindring for samhandelen mellem medlemsstater, udvirkede, at der i henhold til Bundesvergabegesetz (forbundsloven om indgåelse af offentlige kontrakter) blev iværksat en forligsprocedure ved Bundes-Vergabekontrollkommission (den østrigske myndighed for kontrol med udbud).

12. Bundes-Vergabekontrollkommission fandt, at forbundsloven ikke er til hinder for, at organer, der støttes med offentlige midler, eller offentligretlige organer som f.eks. forsknings- og universitetsinstitutter deltager i udbudsprocedurer på linje med rent private bydende.

13. ARGE indbragte derpå sagen for Bundesvergabeamt.

III — De præjudicielle spørgsmål

14. Bundesvergabeamt, der fandt, at tvistens afgørelse afhænger af en fortolkning af fællesskabsretten, har udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er en afgørelse, som træffes af en ordregivende myndighed, og hvorefter der gives adgang til en udbudsprocedure for organer, som enten fra ordregiveren selv eller andre ordregivende

5 — BGBl. 1991, s. 338.

6 — Herefter »ARGE«.

7 — Forskningscentret Seibersdorf, herefter »Seibersdorf-centret«.

8 — Forsknings- og forsøgsinstituttet Arsenal, herefter »Arsenalinstituttet«.

myndigheder modtager tilskud, uanset disses karakter, således at disse organer i en udbudsprocedure kan afgive bud, som ligger væsentligt under buddene fra medansøgere, der driver erhvervsmæssig virksomhed, i strid med princippet om ligebehandling af alle bydende og ansøgere i en udbudsprocedure?

2) Er en afgørelse, som træffes af en ordregivende myndighed, og hvorefter sådanne organer gives adgang til en udbudsprocedure, udtryk for skjult forskelsbehandling, såfremt de organer, som modtager sådanne tilskud, uden undtagelse skal være hjemmehørende i den pågældende medlemsstat eller have hjemsted i den medlemsstat, hvor også den ordregivende myndighed har hjemsted?

3) Er en afgørelse, der træffes af en ordregivende myndighed, og hvorefter der gives sådanne organer adgang til en udbudsprocedure — selv såfremt det antages, at de øvrige bydende og ansøgere ikke herved udsættes for forskelsbehandling — udtryk for en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, som er uforenelig med EF-traktatens bestemmelser, navnlig dennes artikel 59 ff.?

4) Må en ordregivende myndighed indgå kontrakter med organer, som udelukkende eller i det mindste i det væsentlige ejes af det offentlige, eller som udelukkende eller i det mindste i det væsentlige leverer deres ydelser til den ordregivende myndighed eller andre statslige organer, uden at der med hensyn til den pågældende ydelse skal gennemføres en udbudsprocedure i henhold til direktiv 92/50/EØF, således at de nævnte organer herved konkurrerer med bydende, der driver erhvervsmæssig virksomhed?«

IV — Indledende bemærkninger

15. Som nævnt vedrører de tre første præjudicielle spørgsmål ligebehandlingsprincippet dels med hensyn til forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (andet og tredje spørgsmål), dels med hensyn til forskelsbehandling af bydende, der modtager tilskud, og andre bydende (første spørgsmål).

16. Det fjerde spørgsmål vedrører direktivets personelle anvendelsesområde. Det drejer sig om, hvorvidt direktivet finder anvendelse på tjenesteydelsesaftaler mellem en ordregivende myndighed og en tjenesteyder, som er direkte afhængig af en offentlig myndighed, fordi denne både i det væsentlige er ejer af tjenesteyderen og i det væsentlige er modtager af de tjenesteydelser, tjenesteyderen leverer.

17. Det er hensigtsmæssigt først at behandle det andet og det tredje spørgsmål under ét, idet de begge vedrører bestemmelser i traktaten, nemlig EF-traktatens

artikel 59 (efter ændring nu artikel 49 EF) og de følgende artikler, som drejer sig om princippet om fri udveksling af tjenesteydelser.

18. Derefter behandler jeg det fjerde præjudicielle spørgsmål, der drejer sig om direktivets anvendelsesområde, og afslutningsvis det første spørgsmål, der drejer sig om princippet om ligebehandling af de bydende, således som det er kommet til udtryk i direktivet.

V — Spørgsmålet, om der er sket en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser (andet og tredje præjudicielle spørgsmål)

19. Med disse spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt oplyst, om traktatens artikel 59 ff. skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter at give organer, der modtager offentlige tilskud, som giver dem mulighed for at afgive bud, der er betydeligt lavere end de øvrige bydendes bud, adgang til at deltage i en procedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt, når disse organer alle er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat og har hjemsted i den medlemsstat, hvor også den ordregivende myndighed har hjemsted [9].

9 — Selv om der i det andet spørgsmål henvises til organer, som skal være hjemmehørende i den pågældende medlemsstat *eller* have hjemsted i den medlemsstat, hvor også den ordregivende myndighed har hjemsted, fremgår det af anmodningen om en præjudiciel afgørelse, at der i det foreliggende tilfælde er tale om kumulative og ikke alternative krav (s. 13 i den franske oversættelse af anmodningen).

20. I traktatens artikel 59, stk. 1, bestemmes, at »restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, gradvis [skal] afskaffes i løbet af overgangsperioden, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse«.

21. Kravene i artikel 59, hvorefter der skal være fri udveksling af tjenesteydelser, indebærer afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling af tjenesteydere på grund af disses nationalitet [10] eller på grund af, at tjenesteyderne er etableret i en anden medlemsstat end den, hvori tjenesteydelsen skal udføres [11].

22. Denne regel bekræftes af EF-traktatens artikel 60, stk. 3 (efter ændring nu artikel 50, stk. 3, EF). I denne artikel, hvori princippet om national behandling anvendes på den frie udveksling af tjenesteydelser, bestemmes, at »tjenesteyderen midlertidigt [kan] udøve sin virksomhed i det land,

10 — At juridiske personer kan tillægges en »nationalitet«, som de kan forskelsbehandles på grundlag af, følger af traktaten. Det hedder således i EF-traktatens artikel 58, stk. 1 (nu artikel 48, stk. 1, EF), der ifølge EF-traktatens artikel 66 (nu artikel 55 EF) finder anvendelse på tjenesteydelser: »Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.« Placeringen af selskabernes vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed tjener, som det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, til at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem (jf. bl.a. dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 20).

11 — Dom af 18.1.1979, forenede sager 110/78 og 111/78, Van Wesemael m.fl., Sml. s. 35, præmis 27.

hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår, som det pågældende land fastsætter for sine egne borgere«.

23. Den omtvistede foranstaltning består i, at organer som Seibersdorf-centret og Arsenal-instituttet, der beskyldes for at have en uretmæssig konkurrencefordel, fordi de modtager tilskud, har fået adgang til at deltage i udbudsproceduren. De to organer er tæt knyttet til den ordregivende myndigheds medlemsstat, idet de begge har hjemsted i Østrig og er undergivet østrigsk ret [12].

24. For at bortvejre enhver uklarhed, der kan påvirke fortolkningen af de forelagte spørgsmål, skal det præciseres, at det diskriminerende kriterium, der sigtes til i det andet præjudicielle spørgsmål, ikke vedrører den omstændighed, at tilskudsmodtagende organer har fået adgang til at deltage i udbudsproceduren. Dette punkt er genstand for det første præjudicielle spørgsmål, som jeg behandler senere. Vanskeligheden består som omtalt i, at de tilskudsmodtagende organer alle er østrigske, hvilket kunne give grund til at tro, at tilskudsmodtagende organer fra andre medlemsstater ikke har haft ret til at afgive bud.

25. Bundesvergabeamt har hvad dette angår peget på, at der kunne foreligge skjult forskelsbehandling.

26. Ligebehandlingsprincippet, som traktatens artikel 59 er et konkret udtryk for, forbyder som bekendt ikke blot åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre kriterier reelt fører til samme resultat [13].

27. Det kan udledes af den forelæggende rets henvisning til, at der kunne foreligge skjult forskelsbehandling, at retten ikke synes at være i tvivl om, at den omtvistede foranstaltning ikke er udtryk for åbenlys forskelsbehandling. Den indeholder nemlig ikke nogen betingelse om, hvor organerne skal være hjemmehørende eller have hjemsted, hvad enten de modtager tilskud eller ej.

Derimod ville der — skønt retten til at deltage i udbudsproceduren således ikke er undergivet nogen betingelse om, hvor organerne skal være hjemmehørende eller have hjemsted — være tale om en begunstigelse af østrigske organer eller af organer med hjemsted i Østrig, hvis den omtvistede foranstaltning indebærer en forskelsbehandling af de bydende, hvis der var fastsat en betingelse, hvorefter *kun organer, der modtager tilskud fra østrigske myndigheder*, havde adgang til at deltage i proceduren vedrørende tildeling af den offentlige kontrakt.

12 — S. 13 i den franske oversættelse af anmodningen om en præjudiciel afgørelse.

13 — Jf. f.eks. dom af 3.6.1992, sag C-360/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3401, præmis 11.

28. Som den østrigske regering med rette har anført [14], kan en national bestemmelse, hvorefter kun organer, der modtager tilskud fra østrigske myndigheder, har ret til at deltage i procedurer vedrørende tildeling af offentlige kontrakter, meget vel udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. I så fald skjuler kriteriet en forskelsbehandling af de organer, som, eventuelt blot sekundært, er etableret i Østrig, og som er de eneste, der kan opnå tilskud fra de østrigske offentlige myndigheder, og de øvrige organer. Udenlandske erhvervsdrivende, som modtager tilskud, ville ikke kunne udnytte den dermed forbundne fordel i konkurrencen med østrigske erhvervsdrivende, der er i samme situation, og øge deres muligheder for at få tildelt kontrakter af den østrigske ordregivende myndighed.

29. Under alle omstændigheder bliver svaret det samme, hvad enten man ved vurderingen af den omtvistede foranstaltning går ud fra, at der foreligger en direkte forskelsbehandling eller blot skjult forskelsbehandling.

30. At samtlige de tilskudsmodtagende organer, der deltager i en udbudsprocedure vedrørende offentlige kontrakter, er hjemmehørende i den samme stat som den ordregivende myndighed, berettiger for mig at se ikke til at udlede, at der anvendes diskriminerende betingelser, som må drage procedurens lovlighed i tvivl.

14 — S. 11 i den franske oversættelse af dens skriftlige indlæg.

31. Princippet om forbud mod forskelsbehandling kræver nemlig ikke, at der under alle omstændigheder er repræsenteret flere erhvervsdrivende af forskellig nationalitet. Det kræver kun, at der for sådanne erhvervsdrivendes udøvelse af deres frie bevægelighed ikke lægges hindringer i vejen, der hænger sammen med, hvor i Fællesskabet de er hjemmehørende.

32. Jeg mener således ikke, at det er tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en forskelsbehandling på grundlag af de bydendes nationalitet, deres hjemsted eller oprindelseslandet for de tilskud, som de modtager, at der er truffet afgørelse om at give tilskudsmodtagende organer, som er hjemmehørende i Østrig, adgang til at deltage.

33. For at dette skal være tilfældet, skulle det godtgøres, at proceduren vedrørende tildeling af kontrakten retligt eller faktisk omfatter en bestemmelse, hvorefter det er en betingelse for, at en erhvervsdrivende kan deltage i proceduren, at vedkommende har østrigsk nationalitet eller har hjemsted i Østrig.

34. Det skulle ligeledes godtgøres, at det er en betingelse for at få adgang til at afgive bud, at de tilskudsmodtagende organers tilskud hidrører fra østrigske myndigheder.

35. Det fremgår ikke, at den omtvistede procedure omfatter betingelser, der gør det muligt at udelukke erhvervsdrivende, som er hjemmehørende eller har hjemsted i en anden medlemsstat, eller som modtager støtte fra andre myndigheder end de østrigske, heller ikke selv om der intet sted henvises til, at sådanne bydende har deltaget.

36. Jeg har navnlig intet fundet, der giver holdepunkter for at antage, at den omtvistede foranstaltning omfatter en betingelse, hvorefter der kun må oppebæres støtte fra østrigske myndigheder. Med forbehold af Bundesvergabeamt's bekræftelse heraf [15] må den omstændighed, at der udelukkende deltager østrigske tilskudsmodtagende organer, tilskrives forhold, som ikke har nogen forbindelse med den ret og praksis, der finder anvendelse.

37. Hvis den forelæggende ret måtte konstatere, at der findes en sådan bestemmelse, må den naturligvis drage konsekvenserne heraf for så vidt angår procedurens lovlighed og undlade at bringe denne med fællesskabsretten uforenelige bestemmelse i anvendelse.

38. Det skal tilføjes, at når den omtvistede foranstaltning ikke er udtryk for forskelsbehandling, eftersom organer, som er hjemmehørende i andre medlemsstater, og som modtager tilskud fra den pågældende stat, under alle omstændigheder kan afgive bud på lige fod med østrigske organer, er det vanskeligt at se, at afgørelsen om adgang til proceduren medfører en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser.

39. Der må følgelig drages den konklusion, at traktatens artikel 59 ff. skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede afgørelse, hvorefter en ordregivende myndighed har givet organer, der modtager offentlige tilskud, som har gjort det muligt for dem at afgive væsentligt lavere bud end de øvrige bydende, adgang til at deltage i en procedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt, selv om de pågældende organer alle er hjemmehørende og har hjemsted i den medlemsstat, hvor også den ordregivende myndighed har hjemsted, når der ikke er fastsat nogen betingelse om de erhvervsdrivendes nationalitet eller hjemsted eller om oprindelseslandet for de tilskud, som de i givet fald modtager.

15 — Det skal nævnes, at Bundesvergabeamt har anført: »Selvfølgelig kan forholdet være det, at der også i andre medlemsstater findes organer, som modtager tilsvarende tilskud fra de respektive medlemsstater, og som kunne deltage i den... omtvistede udbudsprocedure« (s. 17 i den franske oversættelse af anmodningen om præjudiciel afgørelse). Den forelæggende ret mener dog ikke, at denne mulighed for, at der kan deltage udenlandske erhvervsdrivende, som modtager tilsvarende tilskud fra de kompetente myndigheder i deres oprindelsesmedlemsstat, er tilstrækkelig til at afvise, at der kan foreligge forskelsbehandling på grundlag af de bydendes nationalitet eller hjemsted eller på grundlag af oprindelseslandet for de tilskud, som de modtager. Retten anfører i samme afsnit, at »erhvervsmæssige tjenesteydere fra andre medlemsstater kunne eller måtte imidlertid ikke regne med, at de i udbudsproceduren ville træffe på østrigske bydende, som i forhold til dem selv har et betydeligt forspring i omkostningsmæssig henseende som følge af tilskud fra østrigske lokale myndigheder...« Bundesvergabeamt synes derved at afvise et argument om, at der ikke foreligger nogen hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, nemlig at udenlandske tilskudsmodtagende virksomheder kan deltage i udbuddet på lige fod med indenlandske tilskudsmodtagende virksomheder. Bundesvergabeamt støtter sig hvad dette angår på grunde, der bygger på betragtninger, som ikke er relevante for denne problematik, idet de vedrører en af de erhvervsdrivendes nationalitet uafhængig tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af dem, der skyldes, at der deltager tilskudsmodtagende virksomheder. Dette argument behandler jeg i forbindelse med behandlingen af det første spørgsmål.

VI — Direktivets anvendelsesområde: tjenesteydelsesaftaler mellem en ordregivende myndighed og en af ordregivende myndigheder afhængig tjenesteyder (fjerde præjudicielle spørgsmål)

40. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktivet skal fortolkes således, at dets anvendelsesområde omfatter en tjenesteydelsesaftale mellem en ordregivende myndighed og en tjenesteyder, når tjenesteyderen dels i det væsentlige ejes af en ordregivende myndighed, dels i det væsentlige leverer ydelser til ordregivende myndigheder, herunder den myndighed, som ejer tjenesteyderen.

41. Bundesvergabeamt har bemærket, at kontraktforhold mellem en ordregivende myndighed og organer, som myndigheden ejer fuldt ud, og som udelukkende arbejder for den, muligvis ikke bør være omfattet af direktivet. Bundesvergabeamt mener dog, at disse krav er for restriktive, og at en ordregivende myndighed og en tjenesteyder godt kan være funktionelt forbundet med hinanden, selv om den ordregivende myndighed ikke ejer tjenesteyderen 100%, og denne ikke udelukkende arbejder for den ordregivende myndighed. Også i et sådant tilfælde kan en tæt forbindelse mellem den ordregivende myndighed og det pågældende organ begrunde, at deres kontraktforhold ikke er omfattet af direktivet.

A — *Formaliteten*

42. Som ARGE og den østrigske regering har nævnt i deres skriftlige indlæg, kan det diskuteres, om dette spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Det fremgår nemlig ikke af anmodningen om en præjudiciel afgørelse, at der er rejst tvivl ved den østrigske ret om, hvorvidt proceduren vedrørende tildeling af den offentlige kontrakt er omfattet af direktivet.

43. Det tilkommer imidlertid udelukkende den nationale ret, for hvem tvisten er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, når det klart fremgår, at den af denne ret ønskede fortolkning eller vurdering af en fællesskabsregels gyldighed savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [16].

44. Det kan ikke hævdes, at direktivets anvendelsesområde er uden forbindelse med tvisten i hovedsagen. Såfremt det

16 — Dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 18.

måtte vise sig, at organer som de to tilskudsmodtagende bydende på grund af deres karakter ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, kan det ikke på forhånd udelukkes, at den forelæggende ret ifølge de gældende nationale processuelle regler og inden for deres grænser kan drage konklusioner heraf, der kan bidrage til at løse tvisten, f.eks. ved at den ex officio sætter andre regler i stedet for direktivets regel.

45. Desuden er, som det vil fremgå, oplysningerne i sagens akter tilstrækkeligt præcise til at fastslå, hvilke principper den forelæggende ret kan lægge til grund for en afgørelse af tvisten i hovedsagen.

46. Derfor mener jeg, at det forelagte spørgsmål skal besvares på grundlag af de ovenstående oplysninger uden hensyn til, at der på grundlag af sagens akter ikke kan fremføres argumenter, der kan rejse tvivl om det oprindeligt fastsatte retsgrundlag for den ordregivende myndigheds valg af tjenesteyder.

47. Der skal følgelig tages stilling til, om direktivet finder anvendelse i det foreliggende tilfælde.

B — *Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål*

48. Ifølge ottende betragtning til direktivet finder dette »kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer«. Det fremgår af dets artikel 1, litra a), at offentlige tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i direktivet med visse undtagelser er gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed.

49. Et kontraktforhold mellem en tjenesteyder og en tjenesteydelsesmodtager forudsætter, at der er tale om to juridiske personer, der som sådanne frivilligt kan forpligte sig gennem en viljeserklæring. Endvidere skal tjenesteyderen udvise visse kendetegn, der vidner om, at han, når han udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, handler tilstrækkeligt uafhængigt af den offentlige myndighed, der ønsker at indgå en aftale med ham.

Som generaladvokat Cosmas klart påpegede i sit forslag til afgørelse i Teckal-sagen [17], skal den ordregivende myndigheds medkontrahent med andre ord *virkelig have status som tredjemand* i forhold til denne myndighed; dvs. at der skal være tale

17 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Sml. I, s. 8121, punkt 53 ff. i forslaget til afgørelse.

om en fra myndigheden forskellig person. Han tilføjede med hensyn til offentlige indkøbsaftaler [18], at »fællesskabsretten [ikke] forpligter... de ordregivende myndigheder til at følge den procedure, der sikrer en effektiv konkurrence mellem de berørte parter, når de pågældende myndigheder ønsker selv at påtage sig at levere de varer, som de har brug for«.

50. Heraf følger, at såkaldte »in house«-tjenesteydelser, dvs. tjenesteydelser, som leveres til en offentlig myndighed af myndighedens egne tjenestegrene eller af leverandører, der ganske vist er organisatorisk adskilt fra myndigheden, men som er afhængige af denne, ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde [19].

51. I Teckal-sagen skulle Domstolen tage stilling til, om en lokal myndigheds tildeling af en kontrakt om levering af varer til et konsortium, som den selv deltager i, kræver, at der gennemføres en udbudsprocedure som omhandlet i direktiv 93/36.

52. Ud over at behandle en række retlige betingelser for anvendelsen af dette direktiv, såsom at den lokale myndighed selv skal være en ordregivende myndighed, og at der skal være indgået en gensidigt bebyrdende kontrakt, undersøgte Domstolen forholdet mellem den ordregivende myndighed og dens medkontrahent.

53. På samme måde som det direktiv, den foreliggende sag drejer sig om, finder direktiv 93/36 anvendelse, når en ordregivende myndighed påtænker at indgå en aftale med en erhvervsdrivende. Domstolen udtalte i forbindelse med sin undersøgelse af, om der var indgået en aftale mellem to faktisk forskellige personer, at det »principielt [er] tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person« [20]. Domstolen præciserede imidlertid også, at »forholdet ... alene [vil] kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person *en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af*« [21].

54. Disse grundlæggende kriterier bygger på, at det organ, hvormed den ordregivende myndighed indgår aftalen, faktisk er selvstændigt. Det fremgår af Teckal-dommen, at det skal være formelt og beslutningsmæssigt forskelligt fra den ordregivende myndighed, for at direktivet finder anvendelse [22].

18 — Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

19 — Jf. også generaladvokat Alber's forslag til afgørelse i RI.SAN.-sagen (dom af 9.9.1999, sag C-108/98, Sml. I, s. 5219, punkt 46 ff. i forslaget til afgørelse).

20 — Teckal-dommen, jf. fodnote 17, præmis 50.

21 — Teckal-dommen, min fremhævelse.

22 — Teckal-dommen, præmis 51.

55. Man kan beklage disse kriteriers mangel på præcision. Det er let at forstå og fastslå, om et organ er selvstændigt, for det er tilstrækkeligt at undersøge, om den pågældende erhvervsdrivende er oprettet under en anden juridisk form end den ordregivende myndighed. Derimod er det ikke let at fastslå, i hvor høj grad organet er selvstændigt. Navnlig kan man være meget i tvivl om, hvilken form for kontrol en myndighed har med et fra den juridisk forskelligt organ, eller hvornår det er begrundet at antage, at den væsentligste del af organets virksomhed udføres for den offentlige myndighed, som det er afhængigt af.

56. Det skal dog erindres, at en lang række faktorer gør det muligt at fastslå, om et organ rent faktisk er selvstændigt. Da det imidlertid kun er den nationale ret, der råder over samtlige faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for at løse den tvist, der er indbragt for den, og da det tilkommer denne ret at anvende fællesskabsretten på denne tvist, er det den nationale ret, som bedst er i stand til med al ønskelig præcision at udtale sig om, hvor stor handlefrihed en sådan erhvervsdrivende har i forhold til den ordregivende myndighed.

57. De tætte forbindelser mellem Seibersdorf-centret og Arsenal-instituttet og de østrigske offentlige myndigheder skal under alle omstændigheder vurderes på baggrund af disse principper. Det vil være muligt at fastslå, om forbindelserne er udtryk for et sådant afhængighedsforhold, at tjenesteydelserne i form af prøveudtagninger og vandanalyser kan betros dem, uden at det er nødvendigt at iagttage direktivets forskrifter.

1. Den ordregivende myndigheds kontrol

58. Som nævnt skal det, for at en aftale ikke er omfattet af direktivet, bevises, at den lokale myndighed underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene [23].

59. Når den ordregivende myndighed kontrollerer en erhvervsdrivende på en måde, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, skal de opgaver, myndigheden betror den erhvervsdrivende, ikke behandles anderledes, end hvis de blot var blevet betroet en gren af myndigheden selv. Myndighedens mulighed for at have indflydelse på, hvordan tjenesteyderen fungerer, og dennes deraf følgende mangel på selvstændighed betyder, at der ikke er tale om nogen reel aftale mellem myndigheden og tjenesteyderen.

60. Ifølge Bundesvergabeamt henhører de omhandlede forskningsorganer i de fleste tilfælde under den østrigske stat eller under en delstat. Deres ledende organer udpeges af den offentlige myndighed, de henhører

23 — Teckal-dommen, præmis 50.

under, eller er underkastet tilsyn af en af de omtalte myndigheder [24]. Derimod har ARGE ikke angivet at henhøre under en delstat. ARGE har anført, at 50,5% af Seibersdorf-centrets kapital ejes af Republikken Østrig, og at de resterende 49,5% tilhører private virksomheder. Arsenal-instituttet angives at være 100%-ejet af Republikken Østrig [25].

62. Seibersdorf-centrets stilling er mindre klar. Det skal vurderes, hvilken grad af selvstændighed dette organ kan opretholde over for staten på trods af, at det i overvejende grad er offentligt ejet.

Det tilkommer den forelæggende ret nærmere at undersøge det bevismateriale, den råder over. Under hensyn til de af ARGE fremlagte supplerende oplysninger lægger jeg for min del til grund, at staten i det mindste ejer mere end halvdelen af organerne.

63. I dette øjemed skal den forelæggende ret tage stilling til rigtigheden af ARGE's udsagn om, at dette organs virksomhed bestemmes af dets private ejere, selv om organet for størstedelens vedkommende er offentligt ejet [27]. Retten skal således kontrollere, hvor mange poster i ARGE's besluttende organer der beklædes af repræsentanter for private erhvervsdrivende, og af hvilken art disse poster er, samt tage stilling til, i hvilken udstrækning de således fordelte beføjelser ifølge gældende national ret påvirker ARGE's erhvervsmæssige dispositioner.

61. For så vidt angår Arsenal-instituttet vil jeg i det foreliggende tilfælde gøre den vurdering til min egen, som generaladvokat Alber foretog i sit forslag til afgørelse i RI.SAN.-sagen, og hvorefter »den omstændighed, at den italienske stat ejer 100% af [det pågældende selskab], gør det muligt — uden et nærmere kendskab til dette selskabs organisation — at konkludere, at selskabet for så vidt udgør en del af den italienske stat« [26].

64. Denne kontrol er dog kun nødvendig, hvis den forelæggende ret i overensstemmelse med national ret finder, at den omstændighed, at de pågældende organer, der, således som den selv har oplyst, »udelukkende eller i det mindste i det væsentlige ejes af det offentlige« [28], ikke er tilstrækkelig til, at der er sikkerhed for, at det offentlige fører en effektiv kontrol med de organer, som henhører under det.

24 — S. 13 i den franske oversættelse af anmodningen om en præjudiciel afgørelse.

25 — S. 9 i den franske oversættelse af ARGE's skriftlige indlæg.

26 — Punkt 53.

27 — ARGE har således hævdet: »Under alle omstændigheder har de private virksomheder, som er medejere af ARGE, og som beklæder et stort antal poster i bestyrelsen og det rådgivende udvalg, en dominerende rolle« (s. 9 i ARGE's skriftlige indlæg).

28 — Fjerde præjudicielle spørgsmål.

65. Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt at bevise, at organerne tilhører det offentlige. For at kunne give Bundesvergabeamt et relevant svar er det afgørende, at man sikrer sig, at den offentlige myndighed, der kontrollerer forskningsorganerne i hovedsagen, og den ordregivende myndighed er én og samme person.

66. Det forbehold, der blev udtrykt i Teckal-dommen, hænger sammen med, at det er umuligt eller illusorisk, at der kan foreligge en aftale mellem en myndighed og en økonomisk enhed, når sidstnævnte ikke er økonomisk selvstændig i forhold til den myndighed, som ejer det, selv om der er tale om to juridisk forskellige personer. For at det retlige forhold ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, er det derfor en betingelse, at den ordregivende myndighed, der anmoder den pågældende erhvervsdrivende om at udføre forskellige tjenesteydelser, er netop den myndighed, som udøver direkte kontrol med organet, og ikke en anden myndighed.

67. Derimod er et kontraktforhold mellem en offentlig myndighed og en tjenesteyder, som ikke er underordnet denne myndighed, fordi tjenesteyderen ejes af en anden offentlig myndighed, omfattet af direktivets anvendelsesområde.

68. Det fremgår af oplysningerne i sagen, at Republikken Østrig ejer mere end halvdelen af de to forskningsorganer, mens den ordregivende myndighed består af delstater og en særlig lokal forvaltning (delstatsvandmyndigheden i Vorarlberg).

Under disse omstændigheder skal Bundesvergabeamt tage stilling til, om Seibersdorf-centret og Arsenal-instituttet, selv om de udgør selvstændige offentlige myndigheder, ikke i henhold til den nationale ret alligevel kan undergives en kontrol af de myndigheder, som den ordregivende myndighed består af, der svarer til den kontrol, som disse myndigheder fører med deres egne tjenestegrene.

69. Direktivet finder anvendelse, hvis den forelæggende rets undersøgelse fører til, at den fastslår, at forholdet mellem de to forskningsorganer og den ordregivende myndighed ikke indebærer, at denne udøver en kontrol som den i Teckal-sagen omhandlede.

70. Hvis det fremgår, at den ordregivende myndighed udøver en faktisk kontrol, må der foretages yderligere undersøgelser. At de tjenesteydelser, det kan betros de pågældende organer at udføre, kan betegnes som »in house«-tjenesteydelser, beror nemlig ikke kun på denne omstændighed. Konstateringen af, at et organ strukturelt er afhængigt af den myndighed, som tildeler en offentlig aftale, er nemlig ikke i sig selv tilstrækkelig til, at organets tjenesteydelser svarer til dem, myndigheden ville råde over, hvis den anvendte sine egne interne ressourcer.

71. Derfor skal der i overensstemmelse med Teckal-dommen også tages hensyn til, hvem organernes erhvervsmæssige virksomhed udføres for.

2. Tjenesteydelsesmodtageren

72. Det fremgår af Teckal-dommen, at en aftale ikke kan anses for at være indgået mellem to forskellige personer, hvis den erhvervsdrivende udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, som den ejes af[29].

73. Det princip, der fastslås i denne dom, bygger som nævnt på kriteriet om, at den erhvervsdrivende skal være selvstændig. Et organ savner ikke nødvendigvis handlefrihed, blot fordi de afgørelser, som vedrører det, træffes af den myndighed, det ejes af, hvis organet alligevel kan udføre en væsentlig del af sin erhvervsmæssige virksomhed for andre erhvervsdrivende.

74. Derimod må organet antages at være fuldstændig afhængigt af den myndighed, det er underlagt, hvis myndigheden ud over den organisatoriske forbindelse, der knytter organet til den, også på det nærmeste har eneret til de tjenesteydelser, det leverer. Et sådant forhold er udtryk for, at myndigheden ikke kun ønsker at anvende tjenesteydelserne til offentlige formål, men også først og fremmest selv at gøre brug af dem.

75. Kun i dette tilfælde kan der siges at være tale om en administrativ forlængelse af den offentlige myndighed, som fritager denne for at iagttage de i direktivet fastsatte konkurrenceregler, fordi den vælger selv at udføre den erhvervsmæssige virksomhed, den har brug for.

76. Når et organ i det væsentlige arbejder for den offentlige myndighed, som kontrollerer det, legitimerer det ejendomsforhold, der knytter de to enheder til hinanden, de tjenesteydelser, den ene leverer til den anden, på samme måde som når en intern tjenestegren arbejder for sin institution. Det forekommer derfor berettiget, at organet ikke er omfattet af direktivets krav, idet disse er fastsat for at opretholde en konkurrence, der i dette tilfælde ikke er nogen anledning til.

77. Det er derimod mindre forståeligt, at det offentligt støttede organ kan tilbyde andre erhvervsdrivende eller andre myndigheder sine tjenesteydelser uden at være omfattet af bestemmelserne om offentlige aftaler, når det er undergivet vilkår, der svarer til dem, som en almindelig erhvervsdrivende er undergivet. Organets offentlige oprindelse og karakter er ikke tilstrækkelig til at adskille det fra andre tjenesteydere, når det tilbyder den samme form for tjenesteydelser i et sammenligneligt erhvervsmæssigt øjemed.

29 — Præmis 50.

78. Forskelligartetheden af en sådan erhvervsdrivendes aktiviteter vidner om den pågældendes særstilling i forhold til de interne tjenestegrene hos den myndighed, den erhvervsdrivende er knyttet til. Denne særstilling består ikke kun i et særligt organisatorisk forhold.

79. De konkurrencebeskyttelseshensyn, som danner baggrund for fællesskabsbestemmelserne om indgåelse af offentlige aftaler, har følgelig lige så stor gyldighed for en sådan erhvervsdrivende som for andre tjenesteydere.

80. På samme måde adskiller en tjenesteyder, der påtænker at indgå en aftale med en anden myndighed end sin egen, sig ikke fra andre erhvervsdrivende, hverken i forhold til sine konkurrenter eller i forhold til den offentlige myndighed, som har udbudt aftalen. Da det pågældende organ ikke, teoretisk set, udgør en forgrening af den ordregivende myndighed, hidrører de tjenesteydelser, det tilbyder myndigheden, i relation til denne fra en tredjemand.

81. Selv om det, for at de tjenesteydelser, som leveres af den tjenesteyder, som den offentlige myndighed påtænker at indgå aftale med, kan anses for at være »in house«-tjenesteydelser, er en nødvendig betingelse, at tjenesteyderen kontrolleres af myndigheden, fremgår det, at det langt fra er en tilstrækkelig betingelse. Tjenesteyderens virksomhed skal for størstedelens vedkommende udføres for den myndighed, tjenesteyderen er knyttet til. Hvis tjenesteyderen udøver erhvervsmæssig virksomhed, finder direktivet følgelig alligevel anvendelse, medmindre denne virksomhed kun er marginal i forhold til tjenesteyderens samlede virksomhed.

82. I det foreliggende tilfælde udøver både Seibersdorf-centret og Arsenal-instituttet ifølge ARGE en lang række erhvervsmæssige aktiviteter på markedet [30].

83. For at afgøre, om direktivet finder anvendelse, skal den forelæggende ret kontrollere dette punkt, selv om det forekommer den givet, at de omtvistede organers virksomhed udelukkende eller i det mindste i det væsentlige udføres for offentlige myndigheder, således som formuleringen af det fjerde præjudicielle spørgsmål giver grund til at antage. Den skal navnlig fastslå, om de pågældende organer udfører størstedelen af deres virksomhed for den ordregivende myndighed, som jeg har forudsat [31], at de kontrolleres af.

84. Findes direktivet at skulle anvendes på tvisten i hovedsagen, skal det dog også prøves, om den omhandlede aftale hører til dem, som kan undtages fra det ifølge dets artikel 6.

30 — S. 9 og 10 i ARGE's skriftlige indlæg.

31 — Jf. punkt 70 ovenfor.

3. Anvendelsen af direktivets artikel 6

85. Artikel 6 undtager som tidligere nævnt fra direktivets anvendelsesområde aftaler, der tildeles et organ, som selv er en ordregivende myndighed på grundlag af en eneret, der er tildelt det i henhold til behørigt bekendtgjorte regler, som er forenelige med traktaten.

86. Denne bestemmelse svarer til attende betragtning til direktivet, hvorefter »aftaler med en udpeget eneleverandør ... under visse betingelser [kan] være helt eller delvis undtaget fra dette direktivs bestemmelser«.

87. Ved at tage forbehold vedrørende denne form for aftaler tager direktivet hensyn til, at nogle tjenesteydelser i visse medlemsstater kun kan leveres til de offentlige myndigheder af bestemte offentlige organer og ikke af andre tjenesteydere. Udelukkelsen af andre organer sker uden hensyn til, i hvilken medlemsstat de er hjemmehørende [32].

88. Om direktivet finder anvendelse, afhænger således i første række af den pågældende tjenesteyders karakter. I det foreliggende tilfælde kan det allerede nu fastslås, at de tilskudsmodtagende organer opfylder de tre kriterier, som er fastsat i direktivet for, hvad der i dette skal forstås ved »offentligretlige organer«. Dette udtryk anvendes for at angive andre ordregivende myndigheder end staten, lokale myndigheder og sammenslutninger af en eller flere af disse lokale myndigheder [33].

89. Det er ubestridt, at disse organer er oprettet med henblik på at udføre ikke-erhvervsmæssige opgaver til gavn for almenvellet, at de har status som juridiske personer, og at de for mere end halvdelens vedkommende ledes, kontrolleres og finansieres af en anden ordregivende myndighed [34].

32 — Jf. P. Flamme og M.-A. Flamme: »Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation«, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nr. 365, februar 1993, s. 150 ff., punkt 9, nr. 10.

33 — Ifølge direktivets artikel 1, litra b), forstås der ved »*ordregivende myndigheder* staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer. Ved *offentligretligt organ* forstås ethvert organ,
— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område
— som er en juridisk person, og
— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.«
I dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagengebau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 21, fortolkede Domstolen disse krav, som også findes i artikel 1, litra b), andet afsnit, i Rådets direktiv 93/37 af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54) således, at de er kumulative. Denne fortolkning kan ligeledes anvendes på den foreliggende artikel, som i enhver henseende er identisk med den sidstnævnte.

34 — S. 13 i den franske oversættelse af anmodningen om en præjudiciel afgørelse.

90. Da organerne således selv er ordregivende myndigheder, skal det påvises, at de begge er tildelt en eneret i den i direktivets artikel 6 omhandlede betydning i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser.

91. Ingen af de oplysninger, som den forelæggende ret eller de parter, der har afgivet indlæg, har fremlagt, giver grund til at antage, at nogen af de to forskningsorganer på tidspunktet for udbuddet besad en ret, der gjorde dem til eneleverandør af den form for tjenesteydelser, som udbudsproceduren drejede sig om. Artikel 6 og det eneretsprincip, som er baggrunden for bestemmelsen, nævnes ikke engang i anmodningen om en præjudiciel afgørelse. Det gør det troligt, at de to bydende, som ARGE har rejst indvending imod, ikke besad nogen eneret.

92. Hvis dette var tilfældet, ville der i øvrigt heller ikke have været nogen grund til at gennemføre en udbudsprocedure i henhold til direktivet, hvis artikel 6 netop bestemmer, at en sådan aftale kan undtages fra dets bestemmelser.

93. Jeg drager følgelig den konklusion, at direktivet finder anvendelse, når en ordregivende myndighed påtænker at indgå aftale med et organ, som er formelt forskelligt fra denne myndighed, og når organet i det væsentligetilhører andre myndigheder end dem, den ordregivende myndighed består af.

Hvis organet i det væsentlige tilhører den ordregivende myndighed, skønt det er formelt forskelligt fra denne, finder direktivet anvendelse, når organet udfører størstedelen af sin virksomhed for andre erhvervsdrivende eller andre myndigheder end dem, den ordregivende myndighed består af.

I begge tilfælde finder direktivet ikke anvendelse, når aftalen er omfattet af anvendelsesområdet for direktivets artikel 6.

VII — Spørgsmålet, om proceduren vedrørende tildelingen af den offentlige tjenesteydelsesaftale har indebåret forskelsbehandling (første spørgsmål)

94. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker Bundesvergabeamt oplyst, om direktivets artikel 3, stk. 2, skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter at give organer adgang til en procedure vedrørende tildeling af en offentlig tjenesteydelsesaftale, når disse organer modtager tilskud fra ordregivende myndigheder, som gør det muligt for dem at afgive bud, der er væsentligt lavere end de øvrige bydendes.

95. Det således fastsatte princip om ligebehandling af de bydende tager ikke kun sigte på at forbyde eventuel forskelsbehandling af erhvervsdrivende, som er hjemmehørende i andre medlemsstater. I lighed med andre bestemmelser i dette direktiv eller i direktiver om andre former for offentlige aftaler[35] indeholder bestemmelsen ikke nogen betingelse om nationalitet.

96. Tilsidesættelse af direktivet skyldes derfor ikke nødvendigvis manglende ligebehandling af bydende fra forskellige medlemsstater.

97. Samme tankegang ligger i øvrigt til grund for den relevante nationale lovgivning. Det bestemmes således i § 16, stk. 1, i Bundesvergabegesetz: »Kontrakter vedrørende ydelser i henhold til en i denne forbundslov fastsat procedure skal i overensstemmelse med principperne om fri og loyal konkurrence og om ligebehandling af alle ansøgere og bydende — senest på det tidspunkt, hvor buddene åbnes — tildeles kompetente, effektive og erfarne erhvervsdrivende til rimelige priser.«

98. Det er således uden betydning for besvarelsen af dette præjudicielle spørgsmål, at de tilskudsmodtagende erhvervsdrivende i det foreliggende tilfælde alle er østrigske.

99. Der skal først tages stilling til, om selve den omstændighed, at der udbetales tilskud til en erhvervsdrivende, er til hinder for, at den pågældende kan deltage i udbudsprocedurer vedrørende offentlige aftaler. Er svaret benægtende, skal det derpå undersøges, om det også gælder, når der er tale om ulovlige tilskud.

35 — Det bestemmes f.eks. i direktivets artikel 3, stk. 1, at de ordregivende myndigheder ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler eller afholdelse af projektkonkurrencer skal anvende fremgangsmåder, som er tilpasset efter dette direktivs bestemmelser. Domstolen har i forbindelse med en tilsvarende bestemmelse — artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), hvorefter direktiv 90/531 finder anvendelse, når de ordregivende myndigheder indgår offentlige aftaler om leverancer, har samme formulering — udtalt, at der ikke fandtes nogen betingelser vedrørende de bydendes nationalitet eller hjemsted (dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 32). Desuden fremgår det af tyvende betragtning til direktivet, at afskaffelsen af de former for praksis, der begrænser konkurrencen, ikke kun gælder de former for praksis, der begrænser andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse i kontrakter. På samme måde udtalte Domstolen i dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 33, med hensyn til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613, berigtiget i EFT 1952-1972, december 1973, s. 40-46), at direktivet ganske vist ikke udtrykkeligt nævner princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, men at forpligtelsen til at overholde dette princip følger af selve hovedformålet med direktivet, som ifølge en af betragtningerne til det bl.a. tager sigte på at udvikle en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter, og af de kriterier for udvælgelse og tildeling af kontrakten, der skal sikre en sådan konkurrence. Domstolen skulle tage stilling til en klage over, at direktiv 71/305 var blevet tilsidesat. Klagen havde ikke noget at gøre med, hvilken nationalitet den bydende havde, som var blevet tildelt kontrakten. Det konkurrencebeskyttelsesformål, som direktiverne om offentlige aftaler forfølger, skal nås gennem en anvendelse af ligebehandlingsprincippet, der ikke kun tager sigte på forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Princippet om fri konkurrence er efter min opfattelse selvstændigt i forhold til det princip om fri udveksling af tjenesteydelser, som direktivet bygger på, om end der er en tæt forbindelse mellem de to principper, hvoraf det førstnævnte bidrager til at gøre det sidstnævnte effektivt.

100. Bundesvergabeamt har anført, at de tilskud, der udbetales til de bydende, udgør støtte som omhandlet i EF-traktatens artikel 92 (efter ændring nu artikel 87 EF) eller »særlige omkostningsmæssige fordele« [36]. Bundesvergabeamt har nærmere oplyst, at »konkurrencefordelen [for de bydende] i form af lavere... omkostninger opstår i form af støtteagtige tilskud, som enten udgøres af direkte tilførsel af penge eller tilrådighedsstillelse af personale, lokaler eller tekniske apparater eller begge dele«. Den forelæggende ret har tilføjet, at tilskuddet ydes af den myndighed, som det pågældende organ tilhører, dvs. enten forbundsstaten eller en delstat [37].

101. Det skal erindres, at »støttebegrebet ... ikke blot [omfatter] positive ydelser såsom tilskud, men ligeledes indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger« [38]. Hvis de østrigske offentlige myndigheder stiller personale eller goder til rådighed uden vederlag eller på særligt gunstige vilkår [39], må de fordele, der indrømmes herved, anses for at være statsstøtte som omhandlet i traktatens artikel 92.

102. Det principielle forbud mod statsstøtte er som bekendt hverken absolut eller ubetinget. Ikke blot er visse former for støtte nemlig uden videre forenelige med fællesmarkedet i henhold til artikel 92, stk. 2. Kommissionen tillægges også i artikel 92, stk. 3, et vidt skøn ved afgørelsen af, om en støtte kan tillades ved undtagelse fra det almindelige forbud i stk. 1 [40].

103. Når fællesskabsretten tillader visse former for statsstøtte, er det efter min opfattelse, fordi de erhvervsdrivende, der modtager støtten, skal have ret til at udøve deres virksomhed på samme måde som andre. Det ville nemlig ikke tjene noget formål at yde lovlig støtte til virksomheder, hvis det på samme tid var forbudt de pågældende virksomheder at udøve normal erhvervsmæssig aktivitet, eller hvis de ganske enkelt ikke kunne indgå visse aftaler, fordi disse var regulerede. En sådan fortolkning ville i øvrigt næppe være forenelig med det kompensationsprincip, der retfærdiggør visse former for støtte, idet støtten i form af tilskud eller logistisk bistand snart ville bortfalde på grund af de aktivitetsbegrænsninger, virksomheden var pålagt.

104. En statsstøttes eventuelle lovlighed medfører således, at økonomiske enheder, der modtager lovlig støtte, ikke bør hindres i fuldt ud at deltage i markedets aktiviteter. Da de ikke er begrænset til kun at omfatte ikke-regulerede kontraktforhold, men også

36 — S. 8 og 9 i den franske oversættelse af anmodningen om en præjudiciel afgørelse.

37 — Jf. ovenfor, s. 14.

38 — Dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 58.

39 — SFEI m.fl.-dommen, præmis 59.

40 — SFEI m.fl.-dommen, præmis 36.

omfatter offentlige aftaler, er der ikke nogen grund til at udelukke sådanne erhvervsdrivende fra procedurer vedrørende tildeling af offentlige kontrakter.

105. Kommissionen, som må gives medhold på dette punkt, mener, at støtte, som er blevet anmeldt, og som er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet, ikke kan påvirke den ordregivende myndigheds afgørelse af, hvorvidt en bydende skal gives adgang, og myndighedens vurdering af buddet.

106. Det skal tilføjes — således som den østrigske og den franske regering har bemærket [41] — at den omstændighed, at visse aftaler indgået mellem to ordregivende myndigheder i henhold til artikel 6 er undtaget fra direktivet, når den offentlige tjenesteydelsesaftale tildeles på grundlag af en eneret, bekræfter, at direktivet kan finde anvendelse på organer, der modtager statsstøtte, når der ikke foreligger en sådan eneret. Direktivets definition af begrebet »ordregivende myndighed« omfatter som nævnt offentligretlige organer, der er defineret som organer, som for mere end halvdelens vedkommende finansieres af offentlige myndigheder [42]. For at direktivet finder anvendelse, er det således tilstrækkeligt, at tjenesteyderen opfylder definitionen af begrebet »ordregivende myndighed« — hvilket for det meste vidner om, at der foreligger en offentlig finansiering — uden gennem en eneret at være knyttet til den ordregivende myndighed, som tjenesteyderen leverer sine ydelser til. Direktivet er følgelig ikke til hinder for, at et tilskudsmodtagende organ kan deltage i en procedure vedrørende tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

107. Direktivet er derfor ikke til hinder for, at organer som de i hovedsagen omhandlede deltager i proceduren vedrørende tildeling af den omtvistede offentlige kontrakt.

108. Det er derimod mindre klart, hvordan spørgsmålet om, hvordan en ordregivende myndighed skal forholde sig med hensyn til en bydende, der modtager ulovlig statsstøtte, skal besvares [43].

109. Det er naturligt, at erhvervsdrivende, som er blevet udelukket, eller som på grund af konkurrence fra organer, der har sådanne konkurrencefordele, har færre muligheder for at blive tildelt en kontrakt, anfægter den ordregivende myndigheds ret til at give sådanne organer adgang til at afgive bud, uden den skal foretage den mindste kontrol af støttens lovlighed.

41 — S. 8 og 9 i den franske oversættelse af den østrigske regerings skriftlige indlæg og punkt 16, 17 og 18 i den franske regerings skriftlige indlæg.

42 — Jf. fodnote 33 ovenfor.

43 — Det skal påpeges, at skønt spørgsmålet om, hvilke regler der gælder, når der er tale om ulovlig statsstøtte, er blevet bragt på bane flere gange i parternes skriftlige indlæg og under retsmødet, er det rent hypotetisk i det foreliggende tilfælde. Ingen har hævdet, at den støtte, som forskningsorganerne modtager, bør betegnes som sådan.

110. Hvis støtten er ulovlig, hævdes det, bør det medføre, at den støttemodtagende erhvervsdrivende forbydes at deltage i enhver form for procedurer vedrørende tildeling af offentlige kontrakter. Selv om den støtte, en erhvervsdrivende ulovligt modtager, ikke har nogen direkte indvirkning på faktorer, som har stor betydning for den ordregivende myndigheds endelige afgørelse, såsom den pris, der tilbydes inden for rammerne af udbudsproceduren, kan støtten ikke undgå at lette de byrder, der reducerer den erhvervsdrivendes konkurrenceevne.

111. Hvor velbegrundet dette synspunkt end er, løser det imidlertid ikke det grundlæggende retlige og processuelle problem, som den forelæggende ret står over for i hovedsagen. Den skal nemlig tage stilling til, om det i direktivets artikel 3, stk. 2, fastsatte princip om ligebehandling af de bydende giver den ordregivende myndighed ret til at forbyde bydende, der modtager ulovlig støtte, at deltage, eller endog til at undersøge, om de tilskud, de modtager, må antages at blive erklæret ulovlige.

112. I direktivets afsnit VI fastsættes de krav, som de bydende, deres bud og den dertil hørende dokumentation skal opfylde, og som er en betingelse for, at de pågældende erhvervsdrivende kan deltage i udbudsproceduren og den endelige tildeling af kontrakten.

113. Afsnittet indeholder bestemmelser, der giver den ordregivende myndighed ret til at udelukke en tjenesteyder fra at deltage i et udbud. En række bestemmelser vedrører retlige forpligtelser, som tjenesteyderen skal overholde. De giver den ordregivende myndighed mulighed for at afvise en bydende, der befinder sig i en ulovlig situation, f.eks. i skattemæssig eller socialretlig henseende [44].

Direktivet indeholder imidlertid intet om, hvilke konsekvenser myndigheden kan drage, hvis det konstateres, at der foreligger støtte, som ikke er blevet anmeldt, og som mistænkes for at være ulovlig, eller som endog er åbenbart ulovlig.

114. Kommissionen har beskrevet direktivets tilblivelseshistorie på dette punkt. Den har oplyst, at der i det oprindelige forslag [45] indgik en bestemmelse, der var identisk med artikel 34, stk. 5, sidste afsnit, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [46]. Denne bestemmelse havde følgende ordlyd: »Ordregiverne kan kun afvise bud, der er unormalt lave på grund af modtagelse af statsstøtte, hvis de har konsulteret de bydende, og disse ikke har kunnet godtgøre, at den pågældende støtte er blevet anmeldt til Kommissionen i henhold til traktatens artikel 93, stk. 3, eller er blevet godkendt af Kommissionen. Ordre-

44 — F.eks. kan en tjenesteyder, som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til retsforskrifterne i den ordregivende myndigheds land, ifølge direktivets artikel 29, litra f), udelukkes fra at deltage i et udbud.

45 — EFT 1991 C 23, s. 1.

46 — EFT L 199, s. 84.

givere, der afviser et bud med denne begrundelse, skal underrette Kommissionen derom.«

115. Ifølge Kommissionen lod Rådet denne bestemmelse udgå af direktivforslaget under lovgivningsprocessen [47]. Kommissionen reagerede herpå ved i sin meddelelse til Europa-Parlamentet at fremsætte en erklæring, hvorefter Rådet med denne ændring af direktivforslaget havde givet udtryk for sit »... ønske om at undgå enhver form for forskelsbehandling af private og offentlige bydende«. I samme erklæring erindrede Kommissionen om, at den »... ifølge traktaten har beføjelse til at forhindre misbrug af statsstøtte, der kan fordreje konkurrencen, [hvorfor den kunne] acceptere de pågældende ændringer«.

116. At bestemmelsen har udviklet sig således, er instruktivt i to henseender.

117. For det første fremgår det, at lovgiver på tidspunktet for udstedelsen af direktivet var bevidst om problemet med hensyn til erhvervsdrivende, der er gunstigt stillet i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter, fordi de modtager statsstøtte. At Kommissionen valgte kun at lade den retlige afgrænsning af sådanne omstændigheder omfatte støtte, som ikke er blevet anmeldt eller godkendt, bekræfter desuden, at princippet om, at enheder, der modtager lovligt tildelt statsstøtte, kan deltage i procedurer vedrørende tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler, blev godkendt. Fællesskabslovgivers hensigt bekræfter således også de betragtninger, jeg tidligere fremførte vedrørende dette aspekt [48].

118. En anden oplysning kan udledes af, at fællesskabslovgiver også tog klart stilling til omfanget af den ordregivende myndigheds handlefrihed i forbindelse med udbud af offentlige tjenesteydelsesaftaler. I den endelige udgave af direktivet drejer artikel 37, stk. 1, sig navnlig om den ordregivende myndigheds ret til at afvise bud, som er unormalt lave i forhold til ydelsen. Det bestemmes, at den ordregivende myndighed forinden skal indhente oplysninger om de pågældende buds sammensætning, og efterkontrollere rigtigheden heraf under hensyntagen til de modtagne forklaringer.

I mangel af en præcis bestemmelse, der svarer til bestemmelsen i artikel 34 i direktiv 93/38, giver direktivet imidlertid ikke den ordregivende myndighed ret til at afvise bud fra bydende, der modtager ulovlig støtte eller støtte, som ikke er blevet anmeldt til Kommissionen. Man kan beklage dette valg, ikke mindst fordi det ikke klart fremgår, hvorfor der er forskel på den retlige ordning ifølge direktiv 93/38 og direktiv 92/50.

47 — Punkt 22 i Kommissionens skriftlige indlæg.

48 — Jf. punkt 99-106 ovenfor.

119. At direktivet er tavst på dette punkt, er der imidlertid en årsag til, hvilket der bør tages hensyn til ved fortolkningen af det.

120. Rådets ændring af Kommissionens forslag til direktiv viser — ligesom i øvrigt den erklæring, Kommissionen fremsatte for at udrykke sin tilslutning — hvordan fællesskabslovgiver opfatter kontrollen med ulovlig statsstøtte, som hovedsagelig påhviler Kommissionen.

121. Den franske regering og Kommissionen mener ikke, at den omstændighed, at der ikke er foreskrevet noget i direktivet om, hvorvidt den ordregivende myndighed kan afvise bud fra bydende, der modtager ulovlig støtte, nødvendigvis betyder, at den ordregivende myndighed ikke kan drage nogen konsekvenser af, at der foreligger en sådan støtte.

122. Den franske regering har anført, at direktivet hverken forpligter eller udtrykkeligt tillader den ordregivende myndighed at afvise bud fra et organ, der modtager støtte. Den har imidlertid peget på, at den ordregivende myndighed løber en risiko ved at tildele en bydende, der modtager ulovlig støtte, en kontrakt. Den franske regering har gjort gældende, at den ordregivende myndighed har ret til at afvise et unormalt lavt bud, hvis den konstaterer, at det er finansieret ved hjælp af ulovlig støtte. Det er nemlig til fare for såvel den bydende som den fuldstændige gennemførelse af kontrakten, at den bydende risikerer at skulle tilbagebetale den uretmæssigt modtagne støtte.

123. Kommissionen har anført, at undersøgelsen af, om der er modtaget ulovlig statsstøtte, kan ske, når virksomhederne udvælges, nærmere bestemt når den ordregivende myndighed vurderer tjenesteydernes finansielle og økonomiske formåen. Ligesom den franske regering har Kommissionen henvist til, at statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet, eller som blot ikke er blevet anmeldt, i overensstemmelse med Domstolens praksis kan kræves tilbagebetalt. Den har gjort gældende, at en ordregivende myndighed ikke kan klandres for at beskytte sig mod risikoen for, at den indgår en aftale med en erhvervsdrivende, der modtager støtte, hvis lovlighed er tvivlsom, og for at afvise den pågældende under henvisning til undersøgelsen af dennes finansielle og økonomiske formåen. Kommissionen har derfor foreslået, at det fastslås, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed i overensstemmelse med national ret ved sin vurdering af de bydendes finansielle formåen i forbindelse med udvælgelsen tager i betragtning, om de bydende har modtaget støtte, som er ulovlig, og som derfor eventuelt skal tilbagebetales.

124. Uanset de respektive argumenters vægt bør de efter min opfattelse kun behandles, hvis de bidrager til løsningen af tvisten i hovedsagen. Som nævnt drejer det første spørgsmål, således som det er

formuleret og bør fortolkes på baggrund af anmodningen om en præjudiciel afgørelse, sig om lovligheden af den afgørelse, hvorved en ordregivende myndighed *har givet* tilskudsmodtagende organer *adgang* til at deltage i en procedure vedrørende tildeling af en kontrakt.

125. I det foreliggende tilfælde gælder det således ikke om at oplyse den forelæggende ret om, hvorvidt den ordregivende myndighed har ret til at udelukke en bydende eller afvise hans bud af grunde, der vedrører støttens lovlighed. Det drejer sig derimod om at oplyse den om, hvorvidt den ordregivende myndighed har pligt til at forholde sig således, hvis den står over for ulovlig statsstøtte.

På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin må det om tilskudsmodtagende organers deltagelse efter min opfattelse fastslås, at en ordregivende myndighed har ret til ikke at drage nogen konsekvenser af, at sådanne organer modtager støtte, som ikke er blevet anmeldt, eller som er ulovlig. Det skal tilføjes, at det samme ville være tilfældet, hvis den oprindelige affattelse af artikel 37 ikke var blevet ændret. Denne artikel gav nemlig kun den ordregivende myndighed mulighed for at afvise et unormalt lavt bud, hvis den bydende havde modtaget støtte uretmæssigt eller støtte, som ikke var blevet anmeldt.

126. Endelig har den østrigske regering henvist til traktatens bindende bestemmelser om konkurrence og til, at direktivets artikel 37 finder anvendelse, når et bud forekommer at være unormalt lavt i forhold til ydelsen. Ifølge denne artikel skal der foretages en grundig undersøgelse af de forskellige omkostninger, der indgår i det omtvistede bud. Den østrigske regering mener, at buddet kategorisk skal afvises, hvis omkostningernes sammensætning viser, at det er konkurrencestridigt på grund af ikke-godkendte tilskud.

127. Den østrigske regerings opfattelse bygger dels på den fremgangsmåde, som direktivet for nærværende foreskriver i tilfælde af unormalt lave bud, dels på Fællesskabets konkurrenceret. Det er ikke nødvendigt at tage stilling til, om der er grundlag for Republikken Østrigs opfattelse. Det er nemlig tilstrækkeligt at pege på, at det også i denne forbindelse er blevet lagt til grund for argumentationen, at den ordregivende myndighed efter at have truffet den omtvistede afgørelse om at give adgang og efter at have konstateret, at buddet er unormalt lavt, giver udtryk for, at den agter at afvise det. Republikken Østrigs opfattelse går således ud over genstanden for det første præjudicielle spørgsmål, der kun vedrører fremgangsmåden i forbindelse med, om der skal gives adgang.

128. I medfør af det foregående drager jeg den konklusion, at princippet om ligebehandling af de bydende i direktivets artikel 3, stk. 2, ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter at give organer, der modtager tilskud fra ordregivende myndigheder, som giver dem mulighed for at afgive bud, der er betydeligt lavere end de øvrige bydendes bud, adgang til at deltage i en procedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt.

Forslag til afgørelse

129. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Bundesvergabeamt forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»1) EF-traktatens artikel 59 (efter ændring nu artikel 49 EF) ff. skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede afgørelse, hvorefter en ordregivende myndighed har givet organer, der modtager offentlige tilskud, som har gjort det muligt for dem at afgive væsentligt lavere bud end de øvrige bydende, adgang til at deltage i en procedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt, selv om de pågældende organer alle er hjemmehørende og har hjemsted i den medlemsstat, hvor også den ordregivende myndighed har hjemsted, når der ikke er fastsat nogen betingelse om de erhvervsdrivendes nationalitet eller hjemsted eller om oprindelseslandet for de tilskud, som de i givet fald modtager.

2) Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler finder anvendelse, når en ordregivende myndighed påtænker at indgå aftale med et organ, som er formelt forskelligt fra denne myndighed, og når organet i det væsentlige tilhører andre myndigheder end dem, den ordregivende myndighed består af.

Hvis organet i det væsentlige tilhører den ordregivende myndighed, skønt det er formelt forskelligt fra denne, finder direktiv 92/50 anvendelse, når organet udfører størstedelen af sin virksomhed for andre erhvervsdrivende eller andre myndigheder end dem, den ordregivende myndighed består af.

I begge tilfælde finder direktiv 92/50 ikke anvendelse, når aftalen er omfattet af anvendelsesområdet for direktivets artikel 6.

3) Princippet om ligebehandling af de bydende i direktivets artikel 3, stk. 2, er ikke til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter at give organer, der modtager tilskud fra ordregivende myndigheder, som giver dem mulighed for at afgive bud, der er betydeligt lavere end de øvrige bydendes bud, adgang til at deltage i en procedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt.«