FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 22. november 2007 [1]

I — Indledning

1. Vergabekontrollsenat des Landes Wien (uafhængig forvaltningsafdeling, der prøver udbud foretaget af Land Wien) har forelagt tre spørgsmål om fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF, vedtaget den 31. marts 2004, om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter henholdsvis kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester [2].

2. Med denne forelæggelse får Domstolen lejlighed til at afgrænse ovennævnte direktivers anvendelsesområde og endnu en gang at tegne begrebet »offentligretligt organ« i dets egenskab af »ordregivende myndighed« op.

3. Det ønskes oplyst, om en offentlig virksomhed ifølge definitionen i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/17 er omfattet af dets forskrifter, når den udøver aktiviteter, der ikke kan henføres under artikel 3-7 (første spørgsmål). Såfremt svaret herpå er benægtende, spørges der i forelæggelseskendelsen, om det pågældende selskab kan kvalificeres som »offentligretligt organ«, da det uden egentlig konkurrence imødekommer ikke erhvervsmæssige behov af almen interesse (fjernvarmeforsyning i Wiens byområde), omfattet af direktiv 2004/18, også selv om det udøver virksomhed på et andet marked med andre konkurrenter (andet spørgsmål), et bånd, det kan frigøre sig fra, hvis det kan påvise, at de to aktiviteter drives økonomisk som adskilte områder (tredje spørgsmål).

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 134, s. 114 og 1.

4. Til grund for disse spørgsmål ligger »smitteteorien« (udmøntet i dom af 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.) [3], som inddrager alle en »ordregivende myndigheds« aktiviteter under udbudsdirektiverne, bortset fra hvis det kan påvises, at der ikke sker krydssubsidiering mellem kontrakter på det åbne marked og kontrakter, hvor der ikke hersker konkurrence (indarbejdet af generaladvokat Jacobs i forslaget til afgørelse af 21.4.2005 i sagen Impresa Portuale di Cagliari [4], afsluttet uden at der blev afsagt dom i sagen).

5. Vergabekontrollsenat des Landes Wien har imidlertid ikke status af retsinstans i østrigsk ret; endvidere kan dets afgørelser påklages til Verwaltungsgerichtshof (Forvaltningsdomstolen), der ligger i Wien. Da min holdning til begrebet ret ifølge artikel 234 EF, som jeg har redegjort for i mit forslag til afgørelse af 28. juni 2001 i De Costersagen [5], er kendt, ser jeg mig, for ikke at blive beskyldt for inkongruens, nødsaget til at råde Domstolen til uden videre at forkaste denne præjudicielle forelæggelse.

II — Relevante retsforskrifter

A — *De østrigske retsregler*

6. Ifølge Wiener Vergaberechtschutzgesetzes [6] (lov om tilsyn med tildeling af kontrakter foretaget af Land Wien) er Vergabekontrollsenat des Landes Wien kompetent til at prøve udvælgelsen af entreprenører foretaget af denne lokale enhed og af andre ordregivende myndigheder inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (§ 1).

7. I henhold til § 2 udøver denne uafhængige forvaltningsafdeling sin kompetence i første og eneste instans, og dens afgørelser kan ikke påklages administrativt (stk. 2), men kan indbringes for Verwaltunsgerichtshof (Forvaltningsdomstolen) (stk. 4).

8. Vergabekontrollsenat består af syv medlemmer, der udnævnes af delstatens regering for en embedsperiode på seks år med mulighed for genudnævnelse (§ 3,

3 — Sag C-44/96, Sml. I, s. 73.

4 — Sag C-174/03, ikke trykt i Samling af Afgørelser (punkt 68).

5 — Dom afsagt den 29.11.2001, sag C-17/00, Sml. I, s. 9445.

6 — LGBl., nr. 25/2003.

stk. 1). De skal have særligt kendskab til økonomiske eller tekniske forhold i forbindelse med udbud (§ 3, stk. 2), være uafhængige ved udøvelsen af deres hverv og ikke være bundet af nogen anvisninger (§ 3, stk. 3) og ikke modtage noget vederlag (§ 3, stk. 4).

B — *De fællesskabsretlige bestemmelser*

1. Direktiv 2004/18

9. Dette direktiv omarbejder i én samlet tekst den eksisterende afledte ret [7], og det harmoniserer i fællesskabssammenhæng de nationale procedurer for indgåelse af kontrakter for at tilpasse dem traktatens principper, der ligger til grund for indgåelsen af offentlige kontrakter (første og anden betragtning). Det regulerer de kontrakter, der defineres som »offentlige« i artikel 1, stk. 2, der ikke er udelukket i henhold til artikel 12-18, og som svarer til eller overstiger de i artikel 7 angivne værdier, forudsat at de indgås af »ordregivende myndigheder«.

10. I henhold til artikel 1, stk. 9, betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger heraf som ordregivende myndigheder. Ved offentligretlige organer forstås ethvert organ, 1) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, 2) som er en juridisk person, og 3.a) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller 3.b) hvis drift er underlagt deres kontrol, eller 3.c) hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

2. Direktiv 2004/17

11. Direktiv 2004/17 [8] forfølger et tilsvarende formål som direktiv 2004/18 for

7 — Den lovgivningsmæssige indbyrdes tilnærmelse af indgåelsen af offentlige kontrakter blev indledt med 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), som efter flere ændringer blev kodificeret i direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 med samme titel (EFT L 199, s. 54). Samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb skete første gang i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 (EFT 1977 L 13, s. 1) og derefter i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 (EFT L 199. s. 1). Kontrakter om indgåelse af offentlige tjenesteydelser behandledes i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 (EFT L 209, s. 1). Før de blev samlet i direktiv 2004/18, blev de tidligere forskrifter ajourført i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 (EFT L 328, s. 1).

8 — Efterfølger Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivningen inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter (som beskrives i artikel 1, stk. 2) i bestemte sektorer, hvor markederne er lukkede, fordi medlemsstaterne meddeler særlige eller eksklusive rettigheder (første, anden og tredje betragtning).

12. Direktivet gælder ifølge artikel 2, stk. 2, for »ordregivende myndigheder«, som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3 (gas, varme og elektricitet), 4 (vand), 5 (transport), 6 (posttjenester) og 7 (efterforskning efter og udvinding af olie, gas, kul og andet fast brændsel samt havne og lufthavne), medmindre den pågældende aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri (artikel 30, stk. 1).

13. Direktivet kvalificerer som »ordregivere« samt »ordregivende myndigheder« [defineret i artikel 2, stk. 1, litra a), på samme måde som i direktiv 2004/18] offentlige virksomheder, dvs. enhver virksomhed, som de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler. Bestemmende indflydelse antages at foreligge, hvis de ordregivende myndigheder 1) besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital, eller 2) råder over flertallet af de stemmer, der er knyttet til de kapitalandele, som virksomheden har udstedt, eller 3) kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan [artikel 2, stk. 1, litra b)].

14. Direktivet betegner også som »ordregivere« organisationer, der ikke er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7, i medfør af særlige eller eksklusive rettigheder [artikel 2, stk. 2, litra b)].

15. I henhold til artikel 20, stk. 1, gælder direktivet ikke for kontrakter, som ordregivere indgår med andre øjemed end de i artikel 3-7 nævnte.

III — Faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

16. Fernwärme Wien GmbH blev stiftet den 22. januar 1969 og indført i selskabsregisteret i Wien, hvormed det erhvervede status som juridisk person. Det blev oprettet til forsyning af boliger, offentlige institutioner,

kontorer, virksomheder mv. med fjernvarme i Wien Kommune, men beskæftiger sig også, i konkurrence med andre erhvervsdrivende, med generel planlægning af køleanlæg til store ejendomsprojekter.

17. For tiden er selskabet, efter flere ændringer af selskabskontrakten, hvis formål ikke er blevet ændret, et anpartsselskab, som ejes fuldt ud af Wien Kommune [9]. Kontrollamt der Stadt Wien (revisionsorgan) kontrollerer selskabets finanser, og kommunen, der i generalforsamlingen udøver de rettigheder, som tilkommer den, udnævner og afskediger direktørerne, hvis forretningsførelse den godkender, samt udpeger bestyrelsesmedlemmerne.

18. I Amtsblatt der Stadt Wien (byen Wiens officielle tidende) af 1. marts 2006 offentliggjorde Fernwärme Wien et udbud om opførelse af et køleanlæg til et projekteret kontor- og forretningscentrum i Wien (»Town-Town«) og anførte heri, at den østrigske lovgivning om udbud ikke fandt anvendelse på denne udbudsprocedure.

19. Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, som ikke anfægtede de offentliggjorte betingelser, deltog i denne udbudsprocedure med to bud, et hovedbud og et alternativt bud. Den 18. maj 2006 meddelte Fernwärme Wien sagsøgeren, at dennes alternative bud ikke blev behandlet yderligere. Denne afgørelse anfægtede sagsøgeren for Vergabekontrollsenat des Landes Wien.

20. Fernwärme Wien var i tvivl om dette organs kompetence, afhængigt af, om det sagsøgte selskab var »ordregiver« eller »ordregivende myndighed« som omhandlet i direktiv 2004/17 og 2004/18. På baggrund heraf har Vergabekontrollsenat des Landes Wien udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal direktiv 2004/17/EF […] fortolkes således, at en ordregiver, som udøver en sektorvirksomhed som omhandlet i direktivets artikel 3 […], også er omfattet af dette direktiv med hensyn til en anden virksomhed, der udøves sideløbende hermed på konkurrencevilkår?

2) For det tilfælde, at dette kun gælder for offentlige ordregivende myndigheder: Skal en virksomhed som Fernwärme

9 — Wien Energie GMBH ejer 99,999% og Wiener Stadwerke Holding AG 0,001%. Wien Energie GmbH ejes igen 100% af Wiener Stadtwerke Holding AG, hvis eneaktionær er Stadt Wien.

Wien anses for et offentligt organ som omhandlet i direktiv 2004/17/EF eller direktiv 2004/18/EF […], når den varetager fjernvarmeforsyningen i et bestemt område uden egentlig konkurrence, eller er det relevante marked markedet for rumopvarmning, der også omfatter energikilder som gas, olie eller kul?

3) Er en virksomhed, der udøves på konkurrencevilkår af et selskab, der også udøver ikke erhvervsmæssig virksomhed, omfattet af direktiv 2004/17/EF eller direktiv 2004/18/EF, såfremt det ved effektive sikkerhedsforanstaltninger som adskilte status og regnskaber kan udelukkes, at der sker en krydsfinansiering af de aktiviteter, der udøves på konkurrencevilkår?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

21. Der er indgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, Kommissionen samt den østrigske, den ungarske og den finske regering. Under retsmødet den 11. oktober 2007 blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Ing. Aigner, den østrigske regering og Kommissionen.

V — Domstolens kompetence

22. Domstolen anså i dom af 18. juni 2002, HI [10], Vergabekontrollsenat des Landes Wien for en ret ifølge artikel 234 EF (præmis 28); Domstolen tilpassede sig sin faste retspraksis vedrørende dette begreb og fastslog, at Vergabekontrollsenat opfylder betingelserne om, at det er oprettet ved lov, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling og træffer afgørelse på grundlag af retsregler (præmis 26), samtidig med at dets sammensætning og funktionsmåde sikrer, at det har en permanent karakter, og at det er uafhængigt (præmis 27).

23. Et halvt år tidligere kritiserede jeg i mit forslag til afgørelse i De Coster-sagen denne retspraksis for at være »en unødigt fleksibel retspraksis, der mangler den nødvendige sammenhæng« [11], og foreslog en kursændring ind på en anden mere sikker og farbar vej [12], som — i overensstemmelse med selve formålet med den præjudicielle procedure — kan give næring til et frugtbart samarbejde mellem retsinstanser.

10 — Sag C-92/00, Sml. I, s. 5553.

11 — A. Barav: »Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire«, i *Liber amicorum Bo Vesterdorf,* Ed. Emile Bruylant, Bruxelles, 2007, s… (i trykken), understreger den tvetydige mangel på sammenhæng i retspraksis, som forværres ved, at der opstilles kendetegn, som for størstedelenes vedkommende hverken er særlige eller eksklusive for begrebet ret, og øger vanskelighederne med en korrekt afgrænsning.

12 — J.C. Moitinho de Almeida: »La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE)«, i *Mélanges F. Schockweiler,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, s. 463, 464 og 478, bemærker, at udviklingen i Fællesskabets retspraksis skaber en vis tvivl, som Domstolen bør afklare.

24. I ovennævnte forslag til afgørelse foreslog jeg derfor, som en generel regel, at artikel 234 EF kun skal omfatte organer, der indgår i en medlemsstats domstolssystem, når de udøver rent judicielle funktioner, og, som en undtagelse, organer, der — uden at de indgår i det nationale domstolssystem — i henhold til den nationale retsorden har det sidste ord, hvorved det dog er en betingelse, at de opfylder de krav, der er opstillet i retspraksis, særligt kravene om uafhængighed og kontradiktorisk rettergangsform.

25. Efter denne, mere snævre forståelse er Vergabekontrollsenat des Landes Wien ikke omfattet af begrebet, eftersom det ikke indgår i det østrigske domstolssystem (»uafhængig forvaltningsafdeling«), og dets afgørelser, som ikke kan påklages administrativt, kan indbringes for Verwaltungsgerichtshof [13].

26. Jeg skal ikke her gentage mine betragtninger i forslaget til afgørelse i De Costersagen (punkt 75-79) om de vanskeligheder, der kan opstå, når et administrativt organ indskydes, uanset hvor uafhængigt det er, i forholdet mellem retsinstanser, som jeg gentager (den 24.5.2007) i forslaget til afgørelse i sag C-195/06, Österreichischer Rundfunk (ÖRF) [14]— punkt 35 og 36. Man kan ikke se bort fra Vergabekontrollsenat des Landes Wiens frugtbare samarbejde om fortolkningen af retsbeskyttelsen i forbindelse med udbud [15], men indtil der bliver tale om juridisk »fleksibilitet«, får de grunde, der berettigede åbningen af den præjudicielle dialog for ikke strengt retslige organer, langt mindre vægt i et Fællesskab med 27 medlemsstater på et tidspunkt, hvor den pågældende sektor af fællesskabsordenen og dens fortolkning er fuldt ud konsolideret [16].

27. Den seneste udvikling i retspraksis peger i retning af [17] større påpasselighed ved beskrivelsen af de elementer, som definerer begrebet ret, navnlig hvad angår kriteriet om uafhængighed, og man begynder derfor at kunne skimte en holdning, der ligger tæt op ad den, jeg gav udtryk for i forslaget til afgørelse i De Coster-sagen [18]. I Schmiddommen erklærede Domstolen [19] således, at den ikke havde kompetence til at besvare de spørgsmål, der var forelagt af Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland (Femte

13 — Denne oplysning forekommer ikke i HI-dommen.

14 — Dom af 18.10.2007, Sml. I, s. 8817.

15 — Som eksempel kan, foruden HI-dommen, nævnes dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617.

16 — Generaladvokat Tesauro har i forslag til afgørelse af 15.5.1997 i sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, bemærket, at såfremt et organ ikke er en ret, »bliver det heller ikke en ret som følge af, at man ikke har en bedre løsning« (punkt 40).

17 — Som jeg har understreget i forslaget til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 30.3.2006, sag C-259/04, Emanuel, Sml. I, s. 3089, punkt 26.

18 — D. Sarmiento: i *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, s. 201-203, undersøger indflydelsen af forslaget til afgørelse i De Coster-sagen på den efterfølgende retspraksis.

19 — Dom af 30.5.2002, sag C-516/99, Sml. I, s. 4573.

Appelkammer ved den Regionale Skatteforvaltning), og i dommen i sagen Syfait m.fl. [20] erklærede den sig ligeledes inkompetent vedrørende en præjudiciel forelæggelse fra Epitropi Antagonismou (det græske Konkurrencenævn) [21].

28. Tendensen fremstår især tydeligt i lyset af, at Domstolen tidligere har besvaret præjudicielle spørgsmål fra organer svarende til de ovenfor nævnte, som f.eks. de spanske Tribunales Económico-Administrativos (forvaltningsdomstole) [22] og det spanske Tribunal de Defensa de la Competencia (Konkurrencenævnet) [23].

29. Jeg har ikke ændret opfattelse i årene efter fremsættelsen af forslaget til afgørelse i De Coster-sagen [24], og det er således ikke blot for at være konsekvent, men også med min fulde overbevisning, at jeg fastholder, at et organ som Vergabekontrollsenat des Landes Wien ikke kan betegnes som en ret i artikel 234 EF's forstand, og foreslår Domstolen at erklære sig inkompetent til at besvare de spørgsmål, det har forelagt.

30. Jeg nærer håb om, at Domstolen vil blive overbevist om fordelene ved den løsning, jeg har foreslået i De Coster-sagen [25], men — for det tilfældes skyld, at den ikke følger mit forslag — skal jeg i det følgende subsidiært undersøge selve indholdet i den præjudicielle forelæggelse, således at jeg kan opfylde min pligt til offentligt at fremsætte et fuldstændig upartisk og uafhængigt forslag til afgørelse.

VI — Vurdering af de præjudicielle spørgsmål

A — *Direktiv 2004/17 og 2004/18: to veje til det samme mål (første spørgsmål)*

31. Fællesskabsretten om offentlige kontrakter svarer til et begrænset umiddelbart formål, nemlig en samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter. Men dette formål, sådan som det udledes af anden betragtning til direktiv 2004/18 og niende

20 — Dom af 31.5.2005, sag C-53/03, Sml. I, s. 4609.

21 — K. Lenaers, D. Arts og I. Maselis: »*Procedural Law of the European Union*«, Robert Bray editor, London, Sweet & Maxwell, 2006, s. 40 og 41, redegør i forbindelse med denne administrative enhed for Domstolens overgang til en mere snæver opfattelse af begrebet ret.

22 — Dom af 21.3.2000, forenede sager C-110/98 — C-147/98, Gabalfrisa m.fl., Sml. I, s. 1577.

23 — Dom af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785.

24 — For D. Sarmiento, i op cit. s. 200, har forslaget til afgørelse i De Coster-sagen »betydet det hårdeste slag mod Domstolens retspraksis på dette område«, og det er ved at skabe en »vis orden i det kaos, der hersker inden for retspraksis«.

25 — M. Cienfuegos: i »La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex artículo 234 del Tratado CE y su necesaria revisión«, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, juli/august 2005, nr. 238, s. 26, advarer om utilstrækkeligheden af konjunkturbestemte aktiviteter, såsom styrkelsen af det traditionelle kriterium om den forelæggende rets uafhængighed ved at filtrere dets individualiserede anvendelse, så det passer til et konkret tilfælde, og påpeger, i overensstemmelse med forslaget til afgørelse i De Coster-sagen, nødvendigheden af en generel forandring af det nævnte begreb.

betragtning til direktiv 2004/17, samt af Domstolens retspraksis [26], er blot et redskab til at nå et formål af større betydning, nemlig udviklingen af en objektiv konkurrence i denne sektor, med henblik på gennemførelse af de grundlæggende friheder i den europæiske integrationsproces. Formålet er således at afskaffe hindringerne for fri bevægelighed, beskytte nationale erhvervsdrivendes interesser, som ønsker at sælge varer eller tjenesteydelser til ordregivere i andre medlemsstater. Det er følgelig nødvendigt at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling (*buy national),* og at det udelukkes, at det organ, der er ansvarligt for indgåelsen af kontrakter, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske [27] (derfor er det grundlæggende kriterium for tildeling af en kontrakt altid det laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige).

1. En personel dimension

32. Direktiv 2004/18 afgrænser ligesom sine forgængere sit anvendelsesområde subjektivt, da det på den ene side definerer begreberne »entreprenør«, »leverandør« og »tjenesteyder«, og på den anden side »ordregivende myndighed« (artikel 1, stk. 8 og 9) og objektivt, med en beskrivelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter samt hvad der skal forstås ved koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder og koncessionskontrakt om tjenesteydelser (artikel 1, stk. 2-4).

33. Kontrakter, der er underlagt direktiv 2004/18 og godkendt af en ordregivende myndighed, skal i alle medlemsstater tildeles i overensstemmelse med direktivets principper og procedureregler.

34. Der lægges således vægt på den personelle dimension: Det afgørende element er ikke forretningens karakter, men hvem der står for den, eftersom enhver indgåelse af kontrakt med de offentlige myndigheder er underlagt den proceduremæssige samordning i henhold til afledt ret.

35. Det ovenfor nævnte krav er så grundlæggende, at dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. udvidede fællesskabsdisciplinen (i det omhandlede tilfælde direktiv 93/37) til offentligretlige organers hele virksomhed med den begrundelse, at lovgiver ikke sondrer mellem, om kontrakterne vedrører almenhedens behov eller ikke

26 — Bl.a. dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 18 *in fine,* af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 41, af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, og af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 41.

27 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 33, BFI Holding-dommen, præmis 42, University of Cambridge-dommen, præmis 17, og dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 42.

vedrører denne opgave, under henvisning til retssikkerhedsprincippet (præmis 32 og 34).

2. En materiel indbyrdes tilnærmelse

36. Denne »intersektorielle« tilnærmelse (adjektiv brugt af Kommissionen i dens skriftlige indlæg) ændrer sig imidlertid i direktiv 2004/17, som ikke gælder for enhver virksomhed, der udøves af »ordregivere«, men kun for den i artikel 3-7 omhandlede virksomhed.

37. Dette særlige træk forklares ved, at kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport og telekommunikation oprindeligt ikke var harmoniserede [28] på grund af forskellig retlig status (offentlig eller privat) for de virksomheder, de tilhører. Det skulle undgås, at virksomheder blev omfattet af forskellige systemer, alt efter om de henhørte under staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige enheder, eller var virksomheder med privat juridisk status, indtil erfaringen gjorde det muligt at vedtage en endelig løsning [29].

38. Dette skete med direktiv 93/38, som samordnede fremgangsmåderne ved tildeling af kontrakter på de udelukkede markeder og definerede kontraheringsorganerne uden hensyn til deres retlige status (offentlig eller privat). Direktivet tog desuden hensyn til, at medlemsstaternes myndigheder kan øve indflydelse på virksomhedernes adfærd, fordi de berørte markeder er lukkede, og der er indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, med henblik på også at åbne dem for konkurrence (betragtning 9, 11 og 12). Dette berettiger, at den subjektive komponent ud over de i de klassiske direktiver opregnede enheder omfatter offentlige og tilknyttede virksomheder (artikel 1, stk. 2 og 3), hvorved det præciseres, at direktivet kun finder anvendelse på de nævnte virksomheders aktiviteter, hvis de falder inden for de nævnte områder (betragtning 13 [30] og artikel 2).

39. Direktiv 2004/17 følger samme mønster (anden og tredje betragtning) og forstår

28 — Artikel 3, stk. 4 og 5, i direktiv 71/305 og artikel 2, stk. 2, i direktiv 77/62.

29 — Fjerde til sjette betragtning til direktiv 71/305 og sjette til ottende betragtning til direktiv 77/62. Ottende betragtning til direktiv 93/38 ratificerer denne tanke.

30 — Denne betragtning udelukker fra direktivet »[…] de nævnte virksomheders aktiviteter, som falder uden for vand-, energi-, transport- og telekommunikationssektorerne, eller som falder inden for disse sektorer, men er undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri«.

begrebet »ordregivere« uden hensyn til deres retlige form (tiende betragtning), hvorfor der ud over »ordregivende myndigheder«, der karakteriseres på samme måde som i direktiv 2004/18, medtages offentlige virksomheder og virksomheder, der har fået indrømmet eksklusive eller særlige rettigheder, såfremt de udøver en af de former for virksomhed, som er omhandlet i artikel 3-7 (artikel 2, stk. 1 og 2, og artikel 20, stk. 1).

40. Direktiv 2004/17 regulerer således kontraktindgåelse i de traditionelt betegnede »udelukkede sektorer« med en anden ånd end i direktiv 2004/18, hvorved det afgørende element ikke ligger i den enhed, der foreslår kontrakten, men i karakteren af den aktivitet, som den drejer sig om, og kun gælder for de pågældende sektorer.

41. Denne opfattelse styrkes i to aspekter. Artikel 12, stk. 1, i direktiv 2004/18 fjerner fra sit anvendelsesområde kontrakter, som indgås af »ordregivende myndigheders«, der udfører en eller flere af de aktiviteter, som er omhandlet i artikel 3-7 i direktiv 2004/17, hvilket klart viser den materielle komponents styrke i sidstnævnte retsforskrifts gyldighedsperiode. På den anden side har direktiv 2004/17 til formål at hjælpe med til at indføre fri konkurrence, hvorfor dets anvendelse er overflødig, som det udtrykkes i artikel 30, stk. 1, hvis de nævnte aktiviteter foregår på markeder med fri adgang.

42. De »ordregivende myndigheder« i direktiv 2004/18 handler i overensstemmelse med direktiv 2004/17, hvis de udøver virksomhed inden for dets materielle anvendelsesområde, men det samme sker ikke med offentlige virksomheder og indehavere af eksklusive eller specielle rettigheder i sig selv.

43. Det fremgår af disse omstændigheder, at »smitteteorien« ikke er relevant i denne sag. Generaladvokat Léger fremhæver i sit forslag til afgørelse af 16. september 1997 i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., at anvendelsesområdet for direktiv 93/37 (også for direktiv 2004/18) ikke bestemmes efter, hvilken aktivitet kontrakterne vedrører, men alt efter, hvilket organ der skal indgå kontrakten med entreprenøren (punkt 81). Dvs. at mens direktiv 2004/18 koncentrerer sig om begrebet »ordregivende myndighed«, uden at det af hensyn til retssikkerheden er tilrådeligt at gå i gang med at afklare, hvilken andel af forretningsførelsen der tilsigter at opfylde almenhedens interesser, og hvilken andel der forfølger andre mål, gør direktiv 2004/17 det muligt fuldstændigt at afgrænse de materielle anvendelsesområder for »ordregiveres« virksomhed, og der gives i artikel 9 specifikke regler herfor.

44. Hvis med andre ord en »ordregivende myndighed« i udtrykkets snævreste forstand i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 og i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/17 tilbyder en kontrakt om aktiviteter, der falder uden for dem i artikel 3-7 i sidstnævnte retsforskrift, anvendes det andet direktiv. Men hvis den, som arbejder uden for dette område, er en offentlig virksomhed eller en anden indehaver af særlige eller eksklusive rettigheder [artikel 2, stk. 1, litra b), og artikel 2, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/17], gælder ingen af de to direktiver.

45. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det første af de tre præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Vergabekontrollsenat des Landes Wien, således, at direktiv 2004/17 ikke gælder for kontrakter, som »ordregivere« som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 2 indgår inden for aktiviteter, der falder uden for de i artikel 3-7 omhandlede.

46. Denne løsning er legitimeret i Fællesskabets retspraksis. Dommen af 16. juni 2005 i sagen Strabag og Kostmann [31] fastslog, at direktiv 93/38 (og dermed også direktiv 2004/17) finder anvendelse på »ordregivere«, for så vidt som de handler inden for de materielle sektorer, der er omhandlet i direktivet. I modsat fald er kontrakterne omfattet af udbudsbestemmelserne, alt efter det konkrete tilfælde (præmis 37).

B — *Begrebet offentligretligt organ: relevansen af konkurrenceniveauet på markedet (det andet spørgsmål)*

47. Alle, der har deltaget i denne præjudicielle procedure, er enige om, at kontrakten i hovedsagen vedrører en opgave for Fernwärme Wien, som falder uden for direktiv 2004/17 (opførelse af et køleanlæg til et projekteret kontor- og forretningscentrum), hvorfor det i lyset af den løsning, jeg foreslår på det første spørgsmål, skal afklares — som det forelæggende organ også har anmodet om — om selskabet er en »ordregivende myndighed«, for hvis det forholder sig sådan, er det undergivet direktiv 2004/18.

48. Det skal nærmere bestemt afgøres, om selskabet er et »offentligretligt organ«. Det er ubestridt, at det har status af juridisk person og en tæt forbindelse til Wien Kommune, der direkte eller indirekte ejer dets kapital. Tvivlen drejer sig om det første

31 — Forenede sager C-462/03 og C-463/03, Sml. I, s. 5397, som ved Domstolens beslutning blev afgjort uden forslag til afgørelse.

forskriftsmæssige krav, dets særlige opgave med at opfylde almenhedens behov, som ikke har industriel eller kommerciel karakter.

49. Der hersker også enighed om, at virksomhedens formål er af almen interesse, da den leverer fjernvarme med et miljøvenligt system som forbrænding af affald [32]. Diskussionen reduceres således til at afgøre, om virksomheden har »industriel eller kommerciel karakter«.

50. Med henblik herpå skal der tages hensyn til samtlige relevante retlige og faktiske omstændigheder samt til de omstændigheder, der var afgørende i forbindelse med oprettelsen af det pågældende organ, og de betingelser, som regulerer dets virksomhed [33], herunder særligt om det forfølger et indtjeningsmæssigt formål, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af denne virksomhed, samt om virksomheden eventuelt finansieres af det offentlige [34].

51. I denne sammenhæng skal indvirkningen på strukturbegrebet i den sektor, som organet er beskæftiget i, undersøges. Umiddelbart er der ingen henvisning i retsforskriften til eventuel konkurrence fra private virksomheder [35], hvilket kan være et indicium for, at der er tale om industriel eller kommerciel karakter af det offentlige behov, som den agter at opfylde [36], men som er utilstrækkeligt til at udelukke den mulighed, at det pågældende organ lader sig lede af andre hensyn end økonomiske [37], eftersom udøvelse af virksomhed i et lukket miljø ikke er en nødvendig betingelse med henblik på definitionen af et offentligretligt organ [38].

52. I denne retspraksis indgår det andet spørgsmål fra det forelæggende administrative organ, der går ud på at afgrænse det relevante marked, for at fastslå dets kompetence, men det tager udgangspunkt i en fejlagtig forudsætning (som alle, der har deltaget i denne præjudicielle procedure, har gjort sig skyldige i), efter hvad jeg har redegjort for i

32 — Domstolen har anlagt en generøs holdning til begrebet »almenhedens behov«. Den har ikke begrænset det til statsinstitutionerns virke eller til den offentlige orden (dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., præmis 24, og dom af 16.10.2003, sag C-283/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 11697, præmis 85), udvidet det til organisering af messer, udstillinger og andre lignende initiativer (dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 33 og 34), til køb, salg og udlejning af ejendomme samt levering af tjenesteydelser med hensyn til vedligeholdelse af ejendomme for en kommune (dom af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen m.fl., Sml. I, s. 5321, præmis 41 og 45) eller opførelse af boliger til at sælge eller udleje til familier med knappe fysiske ressourcer (dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 47).

33 — Adolf Truley-dommen, præmis 66, og dommen i sagen Korhonen m.fl., præmis 48 og 59.

34 — Dommen i sagen Korhonen m.fl., præmis 59.

35 — BFI Holding-dommen, præmis 40.

36 — BFI Holding-dommen, præmis 49, Agorà og Excelsior-dommen, præmis 38 *in fine*, og Adolf Truley-dommen, præmis 60.

37 — BFI Holding-dommen, præmis 43, og i Adolf Truley-dommen, præmis 61. I henhold til præmis 44 i BFI Holding-dommen kan der næppe forekomme aktiviteter, der under ingen omstændigheder kan udøves af private virksomheder, hvorfor manglen på konkurrenter vil tømme begrebet offentligretligt organ i direktiverne for dets indhold.

38 — BFI Holding-dommen, præmis 47 *in fine*.

forbindelse med undersøgelsen af det første spørgsmål.

53. Direktiv 2004/18 er præget af en subjektiv opfattelse, omfattende enhver virksomhedsstruktur, der opfører sig som »ordregivende myndighed«, uanset i hvilket materielt område den udøver sin aktivitet (smitteteorien), undtagen hvis det drejer sig om kontrakter, der er udelukket i medfør af artikel 12-18. For »offentligretlige organer« kræves, at de specifikt er oprettet for at opfylde almenhedens behov, som ikke har industriel eller kommerciel karakter, hvorfor det relevante marked, med henblik på at vurdere deres konkurrenceniveau og betegne deres aktiviteter som industrielle eller kommercielle, er det, for hvilket de blev oprettet [39], i Fernwärme Wiens tilfælde fjernvarmeforsyning på grundlag af affaldsforbrænding.

54. En anden synsmåde kan føre til et resultat i strid med den funktionsbestemte fortolkning af Fællesskabets retspraksis [40] og bringe den effektive virkning af direktiv 2004/18 i fare. For at fjerne anvendelsen af denne retsregel er det tilstrækkeligt, at en enhed, der er oprettet alene for at opfylde behov af almen interesse uden industriel eller kommerciel karakter, beskæftiger sig med strengt kommercielle transaktioner og fastholder sit oprindelige formål, og ved udvidelsen af de markeder, hvor den er aktiv, undgår kvalificeringen »offentligretligt organ«, således at hele dens kontraktindgåelse af en hvilken som helst art gennemføres uden krav om fællesskabsharmonisering. I grunden supplerer min opfattelse løsningen i Universale-Bau-dommen [41], som omhandlede et omvendt tilfælde med en virksomhed, der udelukkende var oprettet med henblik på en privat aktivitet, og som senere fik overdraget driften af en offentlig service. I begge tilfælde går den funktionsbestemte fortolkning ud på, at virksomheder, der varetager almene interesser og er i stand til at operere uden for markedets kræfter, indgår kontrakter uden at handle i overensstemmelse med disse kræfter.

55. Direktiv 2004/18 giver ikke anden mulighed, for ligesom staten eller lokale myndigheder ikke mister kategorien ordregivende myndighed, når de indgår kontrakter i åbne sektorer, mistes den heller ikke af

39 — BFI Holding-dommen præciserede, at kravet om, at behovet falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, er et kriterium, som skal præcisere begrebet almenhedens behov (præmis 32).

40 — Dom af 17.12.1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 8565, præmis 36, BFI Holding-dommen, præmis 62, i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 43, dom af 15.5.2003, sag C-214/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4667, præmis 53, og dommen i sag C-283/00, Kommissionen mod Spanien, præmis 73.

41 — I henhold til denne dom skal de af en enhed udøvede aktiviteter afvejes for at vurdere, om enheden blev oprettet for at opfylde almenhedens behov uden industriel eller kommerciel karakter (præmis 56).

de strukturer, som de pågældende lokale myndigheder udformer med status af juridisk person og undergivet dem, for at »imødekomme […] behov hos almenheden, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter«. Denne opfattelse minder om Domstolens retspraksis. Dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. understregede, at kravet om, at det pågældende organ oprettes »specifikt« for at udfylde disse behov, ikke tvinger det til alene at varetage den opgave specielt at imødekomme sådanne behov (præmis 26), uden at beskæftige sig med andre opgaver, også selv om imødekommelsen af almenhedens behov også kun udgør en relativt ubetydelig andel af dens virksomhed, da den retlige definition ikke tager hensyn til den relative betydning af den form for virksomhed i dens samlede beskæftigelse (præmis 25, 26 og 31) [42].

56. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at præcisere over for Vergabekontrollsenat des Landes Wien, at fjernvarmeforsyning er det relevante marked, der skal undersøges med henblik på at vurdere, om Fernwärme Wien skal kvalificeres som »offentligretligt organ« som omhandlet i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18.

57. Under alle omstændigheder synes den i det andet præjudicielle spørgsmål foreslåede undersøgelse at være irrelevant, fordi på grundlag af dataene i forelæggelseskendelsen, uanset arten af det afgrænsede felt (kun fjernvarmeforsyning eller også varme produceret ved andre energikilder), har Fernwärme Wien i øjeblikket vist sig som den eneste virksomhed, der er i stand til at imødekomme et sådant behov for almenheden, og som kan optræde på grundlag af andre kriterier end rent økonomiske, en situation, som berettiger fællesskabsrettens intervention for at harmonisere udbudskriterierne, åbne markedet for konkurrence og sikre dets gennemsigtighed.

C — *Muligt brud på smitteteorien (det tredje spørgsmål)*

58. Kommissionen har ikke foretaget en korrekt vurdering af det tredje spørgsmål. Vergabekontrollsenat des Landes Wien ønsker ikke at undersøge relevansen af konkurrenceniveauet på det relevante marked for at vurdere, om der er tale om inddragelse under udbudsdirektiverne, et problem, som det andet spørgsmål drejer sig om. Nærmere bestemt spørger den forelæggende instans, om en »ordregiver« eller en »ordregivende myndighed«, som på samme tid beskæftiger sig med industrielle eller kommercielle aktiviteter på et åbent marked, med hensyn til disse sidstnævnte aktiviteter er omfattet af direktiverne fra 2004, hvis risikoen for krydsfinansiering af de forskellige

42 — I samme retning BFI Holding-dommen, præmis 55 og 56, Adolf Truley-dommen, præmis 56, og dommen i sagen Korhonen m.fl. præmis 58.

områder af den økonomiske virksomhed fjernes ved anvendelse af sikkerhedsmekanismer såsom adskilte status og regnskaber.

59. Forelæggelsen er uden større betydning for så vidt angår direktiv 2004/17, da »ordregivere« — som jeg har anført — kun er omfattet af dets bestemmelser, hvis de udøver virksomhed inden for de materielle sektorer, der udgør dets genstand, medmindre virksomheden udøves i fri konkurrence, et område, hvor dets harmoniserede bestemmer — hvilket direktivets artikel 30, stk. 1, understreger — ikke finder anvendelse.

60. Opgaven består således i at præcisere, om »ordregivende myndigheder«, særligt »offentligretlige organer«, der arbejder lige så meget på konkurrenceudsatte markeder som på andre markeder, skal omfattes af direktiv 2004/18, når de deltager i udbud på åbne markeder under de omstændigheder, som dette tredje præjudicielle spørgsmål henviser til (ingen krydsfinansiering).

61. Smitteteorien forklares ved målene for fællesskabslovgivningen, som harmoniserer indgåelse af offentlige kontrakter, jf. punkt 31 i dette forslag til afgørelse. Det tilstræbes, at de, der har beføjelse til at tildele kontrakter, lader sig lede af økonomiske kriterier og undgår fristelsen til at følge andre veje, som kan give indenlandske bydende en fortrinsstilling frem for udenlandske, hvorfor »ordregivende myndigheder«, der pr. definition kan unddrage sig markedskræfterne, altid skal være omfattet af direktiv 2004/18. Dette direktiv kræver ikke, at en kontrakt for at kvalificere den som offentlig er tilknyttet en »ordregivende myndigheds« funktion at imødekomme almenhedens behov (artikel 1, stk. 2, sammenholdt med bilag I og II). Dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (præmis 32) fremførte tidligere dette ræsonnement i forhold til direktiv 93/37.

62. Ovennævnte teori er desuden — hvilket påpegedes i den nævnte doms præmis 34 — baseret på retssikkerhedsprincippet, som tilråder at frigøre begrebet »offentligretligt organ« fra den større eller mindre andel af industrielle eller kommercielle aktiviteter.

63. I forslaget til afgørelse i sagen Impresa Portuale di Cagliari (punkt 68) foreslår generaladvokat Jacobs en undtagelse for de tilfælde, hvor der påvises fuldstændig økonomisk, finansiel og budgetmæssig adskillelse

mellem et offentligretligt organs forskellige former for virksomhed.

64. Jeg ser ingen ulempe ved teoretisk at acceptere hans anbefaling [43], men den forsigtighed, der skal herske i retspraksis, forpligter til at afvise den, da erfaringen på fællesskabsmarkedets nuværende udviklingstrin viser, at forretninger og forbindelser mellem virksomheder er yderst komplicerede og vanskeliggør en så radikal adskillelse som den, der er skitseret af min kollega, som ifølge forelæggelseskendelsen kun forekommer mulig mellem uafhængige selskaber, og ikke altid. Selv om kontiene føres adskilt, og krydssubsidiering afvises, er den strategiske ledelse, de strukturelle beslutninger og formuemassen én og den samme, og intet garanterer adskillelsen af virksomhedsområderne, eller at adfærdsmønstrene fra et lukket marked ikke indvirker på markederne af industriel eller kommerciel karakter og medfører, at det ordregivende »offentligretlige organ« arbejder med »paratøkonomiske« kriterier, en risiko, som kræver anvendelse af fællesskabsbestemmelser, som harmoniserer indgåelsen af offentlige kontrakter. Således tilråder hensynet til retssikkerheden, som er grundlaget for Domstolens holdning på dette område, at fællesskabsharmoniseringen opretholdes.

65. Der er også andre praktiske hindringer, eftersom bevisbyrden for en sådan adskillelse af de forskellige aktivitetsområder vil påhvile »det offentligretlige organ«, hvorfor der skal fremkommes med et hjælpemiddel for at kontrollere (præventivt eller *a posteriori)* dets indledende beslutninger af kontraktmæssig karakter og for det første konstatere den absolutte adskillelse af de forskellige aktivitetsområder og dernæst, at den udøvede virksomhed tilhører det område, der er udelukket fra fællesskabsharmonisering; i modsat fald ville anvendelsen af disse retsforskrifter blive overladt til den frie vilje. Dette panorama komplicerer yderligere fællesskabssystemet for indgåelse af offentlige kontrakter [44], hvorfor en løsning, der — uden at tilføje nogen fordel — skader et nøgleprincip som retssikkerheden, ikke vil være relevant.

66. Jeg finder, at et »offentligretligt organ« under alle omstændigheder falder ind under direktiv 2004/18, uanset arten af de kontrakter, det drejer sig om, bortset fra dem, der udtrykkeligt er udelukket ved direktivet selv (artikel 12-18).

43 — I virkeligheden agter generaladvokat Jacobs til indgåelsen af offentlige kontrakter at overføre begreber med oprindelse i statsstøtteområdet, som er uforenelige med fællesmarkedet, og som begrunder Kommissionens direktiv 2006/111/EF af 16.11.2006 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder (EFT L 318, s. 17), ligesom de begrundede dets forgænger med samme titel (Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25.6.1980 (EFT L 195, s.35)).

44 — I det nævnte forslag til afgørelse (punkt 60) påpeger generaladvokat Jacobs denne kompleksitet, som også Kommissionen har påpeget i sin meddelelse *Offentlige indkøb i Den Europæiske Union,* KOM(98) 143 endelig af 11.3.1998, og i *Grønbogen om offentlige indkøb i Den Europæiske Union — overvejelser for fremtiden,* KOM(96) 583 endelig af 27.11.1996, punkt 2.10 og 3.6.

VII — Forslag til afgørelse

67. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen

1) fastslår, at den ikke har kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Vergabekontrollsenat des Landes Wien, idet dette organ ikke er en ret som omhandlet i artikel 234 EF, og

2) subsidiært, såfremt den beslutter at admittere spørgsmålene, træffer følgende afgørelse:

»a) En »ordregiver« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17 af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, er ikke omfattet af direktivets bestemmelser, når der udøves aktiviteter, som ikke falder ind under de i direktivets artikel 3-7 omhandlede.

b) Det relevante marked med henblik på at bestemme dets grad af konkurrence og undersøge, om selskabet Fernwärme Wien GmbH udgør et »offentligretligt organ« i henhold til artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, er markedet for fjernvarmeforsyning i Stadt Wien.

c) De kontrakter, som direktiv 2004/18 henviser til, og som er udbudt af et »offentligretligt organ«, herunder også de, der falder ind under fri konkurrence, er altid omfattet af direktivets bestemmelser.«