FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 11. juli 2002 [1]

I — Indledning

1. I den foreliggende præjudicielle sag har Kilpailuneuvosto [2] (det finske konkurrenceråd) forelagt Domstolen en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af begrebet ordregivende myndighed i form af et offentligretligt organ i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), andet afsnit, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [3].

2. Sagen vedrører navnlig definitionen af »almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område«, og spørgsmålet om, hvorvidt den virksomhed, der udøves af et aktieselskab, som ejes af en kommune, og som med henblik på at skabe fordelagtige betingelser for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i kommunen opfører kontorlokaler til brug for private virksomheder, er omfattet af dette begreb.

1 — Originalsprog: tysk.
2 — Siden den 1.3.2002 Markkinaoikeus.
3 — EFT L 209, s. 1.

II — De relevante retsregler

1. *Direktiv 92/50*

3. De relevante bestemmelser i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

b) »*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 af administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit i dette litra, findes i bilag I til direktiv 71/305/EØF. Disse fortegnelser er så fuldstændige som muligt og kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 30b i nævnte direktiv.

[...]«

2. *Den finske gennemførelsesretsakt*

4. Direktiv 92/50 er gennemført i finsk ret ved Julkisista hankinnoista annettu laki (lov om udbud af offentlige kontrakter) af 23. december 1992. Begrebet offentligretligt organ er fastlagt i artikel 2 i Julkisista hankinnoista annettu laki på grundlag af formuleringen i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50.

5. Heri defineres begrebet »ordregivende myndighed« som en juridisk person, »som udgør en del af den offentlige forvaltning«. Denne betingelse anses således for at være opfyldt, hvis den juridiske person

1) er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, og

2) hvis drift for mere end halvdelens vedkommende finansieres ved hjælp af offentlige midler, eller hvis drift er underlagt offentlige myndigheders kontrol, eller hvortil offentlige myndigheder kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen

6. Tvisten i hovedsagen vedrører et offentligt udbud, gennemført af sagsøgte, Varkauden Taitotalo Oy (herefter »Taitotalo«), af en tjenesteydelsesaftale vedrørende planlægnings- og byggearbejder som en del af et byggeprojekt. Det bygningskompleks, som Taitotalo skal opføre i byen Varkaus, skal senere udlejes til virksomheder i teknologisektoren.

7. Taitotalo er et selskab, som ejes 100% af byen Varkaus. Ifølge vedtægterne har selskabet til formål at administrere ejendomme og kapitalandele i ejendomsselskaber, sælge og udleje ejendomme samt at organisere og levere tjenesteydelser med hensyn til vedligeholdelse og andre former for tjenesteydelser i tilknytning til ejendomsadministration. Selskabets bestyrelse består af tre medlemmer, der udnævnes af generalforsamlingen. Byen Varkaus har 100% af stemmerettighederne på generalforsamlingen. Alle bestyrelsesmedlemmer er tjenestemænd ansat ved byen Varkaus. Selskabets stiftelsesdokument blev undertegnet den 21. januar 2000, og selskabet blev optaget i handelsregisteret den 6. april 2000.

8. Taitotalo opfører ejendomsprojektet »Tyyskä osaamiskeskus« i distrikt 1 i byen Varkaus. Selskabet agter at købe arealet af byen, når det er udstykket i parceller. Byggeprojektet omfatter 2-3 kontorejendomme og et parkeringshus, der skal udlejes til virksomheder i teknologisektoren. Taitotalo køber tjenesteydelser vedrørende byggearbejde samt markedsføring og koordination af selskabet Keski-Savon Teollisuuskylä Oy (herefter »Teollisuuskylä«).

9. Selskabet Teollisuuskylä blev oprettet med henblik på opførelse af kontorlokaler til virksomheder. Ifølge selskabets vedtægter har det til formål — på grundlag af en ejendoms- eller lejeret — at bygge, erhverve og administrere industri- og handelsejendomme samt erhvervsejendomme, som overdrages til kostprisen. Selskabet er et datterselskab af udviklingsselskabet Keski-Savon Kehittämisyhtiö Oy (herefter »Kehittämisyhtiö«), som har til opgave at fremme erhvervsudviklingen i regionen Inre Savolax. Byen Varkaus ejer næsten halvdelen af kapitalen i dette selskab. De fleste af de andre aktier i selskabet ejes af andre kommuner i regionen.

10. Teollisuuskylä havde oprindeligt ved skrivelse af 6. juli 1999 anmodet om bud på levering af tjenesteydelser vedrørende planlægningen af Tyyskä osaamiskeskus. I den første fase af projektet skulle bygningerne Tyyskä 1 færdiggøres til Honeywell-Measurex Oy og Tyyskä 2 til en række mindre virksomheder. Ved tilbudsfristens udløb i slutningen af august 1999 meddelte Teollisuuskylä imidlertid de bydende, at eftersom der var sket ændringer i ejerskabet af det ejendomsselskab, der skulle oprettes, skulle arbejderne med hensyn til planlægning og gennemførelse af projektet gøres til genstand for et offentligt udbud i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

11. Teollisuuskylä anmodede derpå om nye bud med hensyn til planlægning og opførelse af Tyyskä osaamiskeskus gennem en anmodning om afgivelse af bud af 4. september 1999. Ifølge udbudsmaterialet var de ordregivende myndigheder byen Varkaus og Teollisuuskylä. En udbudsbekendtgørelse blev ifølge forelæggelseskendelsen også offentliggjort i supplement til *De Europæiske Fællesskabers Tidende* nr. 35 af 2. september 1999 under titlen »suunnittelukilpailu« (Udbud vedrørende planlægning). Det anførtes i bekendtgørelsen, at den ordregivende myndighed var byen Varkaus på vegne af det ejendomsselskab, der skulle oprettes.

12. Den 6. april 2000 — den dag, hvor Taitotalo blev optaget i handelsregisteret — meddelte Taitotalo endelig de bydende, at selskabet JP-Terasto Oy var blevet valgt til at planlægge og opføre kontorbygningen til Honeywell-Measurex Oy, og at den gruppe, der ledes af Arkkitehtitoimisto Pekka Paavola Oy, var blevet valgt til at opføre og planlægge Tyyskä 2.

13. Sagsøgeren i hovedsagen, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, indbragte den 17. april 2000 sagen for den forelæggende ret, Kilpailuneuvosto, med påstand om, at Taitotalos beslutning om tildeling af arbejdet blev annulleret, subsidiært at selskabet blev tilkendt erstatning. Derudover har Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy og Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa som parter i hovedsagen den 26. april 2000 fremsat krav om erstatning fra Taitotalo.

14. Sagsøgerne i hovedsagen er af den opfattelse, at Taitotalo ikke har overholdt udbudsreglerne.

15. Taitotalo indgav svarskrift til Kilpailuneuvosto den 15. maj 2000 med påstand om, at sagsøgernes sag afvises, idet selskabet ikke er ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i § 2 i Julkisista hankinnoista annettu laki. Selv om betingelserne i § 2, stk. 2, andet og tredje afsnit, er opfyldt, er selskabet ikke oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, hvorfor det ikke er en offentligretlig juridisk person. Størrelsen af den offentlige støtte, som

tildeles med henblik på projektet, udgør mindre end halvdelen af kontraktens værdi. Taitotalo støtter sin argumentation på en afgørelse truffet af Korkein hallinto-oikeus (Finlands højeste forvaltningsdomstol) den 1. december 1999.

IV — De præjudicielle spørgsmål

16. Kilpailuneuvosto har i forelæggelseskendelsen anført, at det i Finland i de seneste år er blevet sædvanlig praksis, at offentlige myndigheder gennemfører infrastrukturforanstaltninger som de i hovedsagen omhandlede ved, at aktieselskaber, som ejes og administreres af disse offentlige myndigheder, optræder som ejere af fast ejendom og som ordregivende myndigheder.

17. På grund af den nævnte praksis' store udbredelse og betydning er det efter Kilpailuneuvostos opfattelse nødvendigt at indhente en fortolkning af de relevante bestemmelser i direktiv 92/50. Kilpailuneuvosto har derfor forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal et aktieselskab, som en by ejer og kontrollerer, anses for en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, når dette selskab køber tjenesteydelser på området for planlægning og byggearbejde med henblik på et byggeprojekt, der omfatter kontorlokaler, som skal udlejes til virksomheder?

2) Har det betydning for vurderingen af sagen, at byens byggeprojekt tilsigter at skabe fordelagtige betingelser i byen for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed?

3) Har det betydning for vurderingen af sagen, at de kontorlokaler, der skal opføres, kun udlejes til en enkelt virksomhed?«

V — Parternes indlæg og retlig vurdering

18. Sagsøgte, den finske, den franske og den østrigske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Den finske regering blev med henblik på retsmødet anmodet om en nærmere beskrivelse af de betingelser, som gælder for de såkaldte udviklingsselskaber, og navnlig redegøre for, om disse selskaber driver virksomhed med fortjeneste for øje og selv bærer den økonomiske risiko herved. Den finske regering og Kommissionen har været til stede under retsmødet.

1. *Formaliteten med hensyn til anmodningen om præjudiciel afgørelse*

19. Den franske regering og Kommissionen har i deres skriftlige indlæg givet udtryk for tvivl med hensyn til, om anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, da Kilpailuneuvostos beskrivelse af de faktiske omstændigheder i hovedsagen i visse henseender er modstridende, mangelfuld og uklar.

20. Kommissionen er af den opfattelse, at det ikke fremgår, på grundlag af hvilke bestemmelser udbuddene i hovedsagen har fundet sted, og hvem der formelt har optrådt som ordregivende myndighed. Det fremgår ikke af forelæggelseskendelsen, om Taitotalos virksomhed kun omfatter de beskrevne aktiviteter, eller om sagsøgte også udøver andre aktiviteter. Det bliver desuden endnu vanskeligere at besvare de abstrakte spørgsmål i forelæggelseskendelsen, da der tydeligvis ikke kun er tale om at henføre en bestemt juridisk person under anvendelsesområdet for direktiv 92/50, men derimod en gruppe af juridiske personer. Kommissionen har derfor rejst spørgsmålet, om Kilpailuneuvosto i overensstemmelse med Domstolens praksis med tilstrækkelig klarhed har beskrevet de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med.

21. Den franske regering har henvist til, at en organisation kun kan udgøre et offentligretligt organ som omhandlet i direktiv 92/50, hvis den er en juridisk person på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og under hele proceduren. Taitotalo var muligvis endnu ikke en juridisk person på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen i september 1999, da selskabet først blev optaget i handelsregisteret den 6. april 2000. Varkaus kommune fungerede åbenbart både som bestiller af arbejderne og som ordregivende myndighed. Dermed bortfalder Kilpailuneuvostos spørgsmål imidlertid. Den franske regering har derfor foreslået Domstolen, at den anmoder den forelæggende ret om at uddybe sin anmodning i henhold til artikel 104, stk. 5, i Domstolens procesreglement.

22. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at det udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom [4]. Dette princip er begrundet i den omstændighed, at den nationale ret råder over et umiddelbart og indgående kendskab til de faktiske forhold og således har de bedste forudsætninger for at besvare dette spørgsmål [5]. Når de af en national ret stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom [6].

4 — Jf. bl.a. dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 18, og af 3.3.1994, forenede sager C-332/92, C-333/92 og C-335/92, Eurico Italia m.fl., Sml. I, s. 711, præmis 17.

5 — Jf. dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 23.

6 — Jf. bl.a. dom 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59.

23. Domstolen har imidlertid også i sin faste praksis understreget, at det for at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål [7]. Artikel 234 EF foreskriver ikke, at Domstolen skal træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den fortolkning af fællesskabsretten, som retten anmoder om, savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, og 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 [8].

24. Domstolen afviser derfor at træffe præjudiciel afgørelse, når den konstaterer, at fællesskabsretlige bestemmelser ikke skal anvendes på retstvisten [9]. Den afviser ligeledes at give en besvarelse, når denne ikke kan påvirke behandlingen af hovedsagen [10], eller når den fortolkning, der er anmodet om, er uden relevans for løsningen af tvisten [11].

25. Det forelæggende finske konkurrenceråd har i sin forelæggelseskendelse [12] klart givet udtryk for, at det finder fortolkningen af direktivets artikel 1, litra b), vigtig, da denne fællesskabsretlige bestemmelse har betydning for udbudsproceduren i hovedsagen. Parterne i hovedsagen er nemlig uenige om, hvorvidt Taitotalo er en juridisk person, som er oprettet for at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den finske gennemførelsesretsakt, nemlig § 2, stk. 2, i Julkisista hankinnoista annettu laki. Såfremt selskabet anses for at udgøre en del af den offentlige forvaltning, finder bestemmelserne om offentlige udbud efter Kilpailuneuvostos opfattelse anvendelse på det.

26. Selv om beskrivelsen af de faktiske omstændigheder, som er af betydning for den fortolkning, der skal foretages, kunne være mere fuldstændig, er det dog muligt på grundlag af sagsøgtes aktiviteter og dennes forbindelser til byen Varkaus, som er beskrevet forståeligt, at foretage en retlig vurdering af de præjudicielle spørgsmål.

27. Det er dermed på ingen måde udelukket at give en brugbar besvarelse af spørgsmålene. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse kan derfor antages til realitetsbehandling.

7 — Jf. dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90 — C-322/90, Telemarsicabruzzo, Sml. I, s. 393, præmis 6.

8 — Jf. Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 20, og dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 18.

9 — Jf. dom af 23.1.1975, sag 51/74, Hulst, Sml. s. 79, præmis 38-42, og af 21.3.1985, sag 172/84, Celestri, Sml. s. 963, præmis 12-16.

10 — Dom af 9.10.1997, sag C-291/96, Grado og Bashir, Sml. I, s. 5531, præmis 15 og 16.

11 — Jf. dom af 13.12.1994, sag C-297/93, Grau-Hupka, Sml. I, s. 5535, præmis 18.

12 — Forelæggelseskendelsen, s. 8 og 9.

2. *Fortolkning af artikel 1, litra b), i direktiv 92/50*

28. Med det første spørgsmål ønsker Kilpailuneuvosto oplyst, om aktieselskaber, som kontrolleres af offentlige myndigheder, udøver virksomhed på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, når de opfører kontorlokaler til brug for private virksomheder, således at de ikke kan anses for at have til opgave at imødekomme almenhedens behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

29. I lighed med parterne i hovedsagen er de parter, der har afgivet indlæg vedrørende den præjudicielle anmodning, for hovedpartens vedkommende af den opfattelse, at sagsøgte i hovedsagen, Taitotalo, opfylder den tredje — og også den anden — betingelse i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50. Efter den franske regerings opfattelse var disse betingelser under alle omstændigheder opfyldt fra det tidspunkt, hvor Taitotalo blev optaget i handelsregisteret.

30. Som det fremgår af sagsfremstillingen i forelæggelseskendelsen er Taitotalo et aktieselskab og en juridisk person, hvis ledelse er underlagt tilsyn fra byen Varkaus. Byen udpeger også alle medlemmer af de styrende organer, da den ejer 100% af aktierne.

31. Den finske regerings repræsentant har på et spørgsmål fra den refererende dommer under den mundtlige forhandling oplyst, at det i henhold til finsk ret er muligt og i praksis normalt, at stifterne af et selskab optræder på vegne af selskabet allerede inden dets optagelse i handelsregisteret. Den nyoprettede juridiske person overtager således på et senere tidspunkt de forpligtelser, der er opstået på denne måde, og som behandles, som om de havde været selskabets forpligtelser allerede fra begyndelsen. Indtil dette tidspunkt hæfter stifterne imidlertid ubegrænset.

32. Dermed er der kun én betingelse i forbindelse med begrebet offentligretligt organ, der skal fortolkes i den foreliggende sag, nemlig betingelsen om, at en virksomhed som det sagsøgte selskab har til opgave at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

a) Parternes argumenter

33. Den franske regering er ligesom sagsøgte, Taitotalo, af den opfattelse, at sagsøgte ikke er en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 92/50. Taitotalo er ikke oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

34. Efter Taitotalos opfattelse tilvejebringer selskabet ikke de almindelige betingelser (infrastruktur) for økonomisk virksomhed i kommunen, men gennemfører byggeprojekter for enkelte virksomheder for at imødekomme disses specifikke behov. Selskabet har et erhvervs- eller forretningsmæssigt formål, idet det driver virksomhed til markedspriser.

35. Til støtte for sin argumentation har Taitotalo henvist til Domstolens dom af 15. januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [13], og af 10. november 1998, BFI Holding [14]. I den første dom blev det fastslået, at en virksomhed, der udøver forretningsmæssige aktiviteter, ikke kan anses for et offentligretligt organ som omhandlet i direktivet, alene fordi den er blevet oprettet af en ordregivende myndighed, eller fordi den ordregivende myndighed overfører økonomiske midler fra aktiviteter, den udøver med henblik på at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter. Domstolen har i denne dom bekræftet, at en offentlig virksomhed ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, hvis den ikke er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov af anden end industriel eller kommerciel karakter. Forbindelsen mellem en ordregivende myndighed og en virksomhed med hensyn til ejerforhold og finansiering er ikke i sig selv tilstrækkelig til, at virksomheden bliver et offentligretligt organ.

36. Den franske regering har ligeledes henvist til Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen [15]. Efter denne regerings opfattelse har Domstolen navnlig undersøgt, om et organs virksomhed står i forbindelse med udøvelse af offentlig myndighed, med henblik på at fastslå, om organet imødekommer almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter. I den foreliggende sag har sagsøgtes virksomhed efter den franske regerings opfattelse intet at gøre med udøvelse af offentlig myndighed. I den henseende adskiller sagsøgtes virksomhed sig klart fra den virksomhed, der udøves af andre organer, hvis kvalificering som ordregivende myndighed Domstolen allerede har skullet tage stilling til [16].

37. Vedrørende denne sondring har den franske regering navnlig også henvist til dom af 1. februar 2001, Kommissionen mod Frankrig [17], hvori det er fastslået, at opførelse og udleje af almennyttige boliger imødekommer almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter. Opførelsen af almennyttige boliger kan imidlertid ikke sammenlignes med opførelse og udleje af kontorlokaler.

38. Den finske regering er derimod af den opfattelse, at et selskab som sagsøgte er blevet oprettet med henblik på som omhandlet i direktiv 92/50 at imødekomme kommunens borgeres behov.

13 — Sag C-44/96, Sml. I, s. 73.

14 — Sag C-360/96, Sml. I, s. 6821.

15 — Nævnt i fodnote 13.

16 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14.

17 — Sag C-237/99, Sml. I, s. 939.

39. Denne regering har henvist til formålet med direktiv 92/50. Samordningen på fællesskabsplan af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler har til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og følgelig beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i én medlemsstat, og som ønsker at tilbyde varer eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat. Et andet formål er at udelukke enhver form for uorden i de offentlige finanser. I forbindelse med offentlige aftaler foreligger der ikke den form for omkostningskontrol, der normalt foreligger i den private sektor. Den effektive gennemførelse af direktiv 92/50 bringes i fare, hvis et selskab som det i hovedsagen omhandlede ikke kan betragtes som en ordregivende myndighed. Kommunerne kunne fristes til inden for deres aktivitetsområder at oprette selskaber, hvis aftaler ikke vil være underkastet direktivets bestemmelser.

40. Den finske regering har i sit indlæg navnlig henvist til de finske kommuners retlige status og opgaver. I § 121 i den finske grundlov er det fastsat, at Finland er inddelt i kommuner, hvis forvaltning bygger på indbyggernes selvstyre. Denne bestemmelse garanterer kommunerne en omfattende ret til selvstyre, som er lovfæstet. På dette retsgrundlag tilvejebringer kommunerne en stor del af de offentlige tjenesteydelser i Finland. Inden for kommunernes aktivitetsområde sondres der mellem et »generelt« og et »særligt« aktivitetsområde. Til det »særlige« aktivitetsområde hører de opgaver, som kommunerne udfører på grundlag af særlige lovbestemmelser. Heriblandt hører f.eks. skolevæsen samt sundheds- og sygehusvæsen, men også fysisk planlægning og den tekniske gennemførelse af infrastrukturforanstaltninger. Til det »generelle« aktivitetsområde hører derimod de opgaver, som en kommune kan påtage sig på grundlag af sin grundlovssikrede ret til selvstyre, men der skal i den forbindelse være tale om såkaldte »fælles anliggender«. Ved fælles anliggender forstås de anliggender, som har til formål at imødekomme de materielle og åndelige behov blandt personerne i en kommune, og som er af betydning for hele kommunen.

41. Erhvervsfremmepolitikken er ifølge den finske regering en væsentlig del af de opgaver, som hører under de finske kommuners generelle kompetenceområde. Tilvejebringelsen af de væsentlige betingelser for økonomisk virksomhed anses for at være et fælles anliggende af interesse for de personer, som bor i kommunen. Virksomheder som den sagsøgte tilvejebringer i deres hjemkommune en erhvervs- eller forretningsmæssig infrastruktur ved at opføre og udleje industri- og kontorlokaler og tilbyde tilsvarende tjenesteydelser. Finske kommuner opretter såkaldte udviklingsselskaber, som kan sammenlignes med det sagsøgte selskab, med henblik på at etablere nye brancher og fremme udviklingen af erhvervsaktiviteter. Dette sker netop i de tilfælde, hvor det ikke er muligt at finde en privat aktør, der er rede til at tilvejebringe en sådan infrastruktur.

42. Under retsmødet har den finske regerings repræsentant som svar på Domstolens skriftlige spørgsmål oplyst, at en kommune også kan opnå en indtjening på grundlag af sin egen økonomiske virksomhed, hvilket dog ikke er et formål i sig selv, men udelukkende har sekundær betydning. De kommunale selskabers virksomhed skal forfølge formål i almenhedens interesse. Desuden forbyder den finske lovgivning kommunerne at udøve ren økonomisk virksomhed. I princippet bærer såkaldte udviklingsselskaber selv den økonomiske risiko, hvorfor der også er mulighed for, at de kan gå konkurs, selv om dette normalt forhindres af ejerne, kommunerne, så længe kommunerne har en interesse i selskabets fortsatte eksistens.

43. Tjenesteydelser af den art, som sagsøgte udfører, kan også udbydes til rent privatøkonomiske formål. Derfor kan det ikke på grundlag af selskabets virksomhed sluttes, med hvilket formål det er blevet oprettet, og navnlig kan et udviklingsselskabs virksomhedsområde heller ikke entydigt bestemmes på grundlag af handelsregisteret.

44. Efter den finske regerings opfattelse er det sagsøgtes opgave at udbyde tjenesteydelser i forbindelse med økonomisk virksomhed til de personer, der bor i Varkaus kommune. Disse tjenesteydelser er derfor i almenhedens interesse og kommunen har oprettet selskabet med dette formål for øje. Det gør ingen forskel, om kommunen tilbyder tjenesteydelserne selv eller via et kommunalt selskab, eller om den køber tjenesteydelsen hos en tredjepart.

45. Vedrørende spørgsmålet om, hvornår der er tale om et behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, har den finske regering henvist til BFI Holding-dommen [18]. Heri har Domstolen fastslået, at den omstændighed, at det pågældende organ udsættes for konkurrence fra private udbydere på markedet, kan være et indicium for, at der er tale om et behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område. I den foreliggende sag synes der ikke at være en udviklet konkurrence inden for de berørte selskabers virksomhedsområde.

46. Den østrigske regering er ligesom den finske regering af den opfattelse, at udbudsdirektivernes personelle anvendelsesområde skal fastsættes under hensyntagen til bestemmelsernes formål. Med hensyn til fortolkningen af begrebet almenhedens behov har den østrigske regering henvist til sit skriftlige indlæg i Truley-sagen [19]. Begrænsningen af kredsen af direkte brugere af den pågældende tjenesteydelse betyder efter dens opfattelse ikke, at tjenesteydelsen ikke i sig selv imødekommer almenhedens behov. Det forhold, at etableringen af virksomheder i teknologisektoren fremmes, bidrager til at imødekomme forbru-

18 — Nævnt i fodnote 14.

19 — Jf. mit forslag til afgørelse af 21.3.2002 i denne sag, dom af 27.2.2003, Sml. I, s. 1931, på s. 1935.

gernes og den lokale befolknings behov, f.eks. via et større udbud af produkter og tjenesteydelser eller også via en forhøjelse af skatteprovenuet. Derfor skal Taitotalos virksomhed betragtes som en virksomhed, der imødekommer almenhedens behov.

47. Også Kommissionen er under hensyntagen til Domstolens dom i Agorà og Excelsior-sagen[20] af den opfattelse, at Taitotalos virksomhed kan anses for at imødekomme almenhedens behov, hvis denne virksomhed medfører en »stimulering af handelen«, som er i almenhedens interesse. Kommissionens repræsentant har dog under retsmødet understreget, at denne vurdering vil kunne falde anderledes ud, og at stimuleringen muligvis er ren hypotetisk.

48. Både Kommissionen og den østrigske regering er af den opfattelse, at det forhold, at der ikke foreligger et profitformål, også er et indicium for, at der er tale om at imødekomme behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område. Erhvervsmæssig virksomhed er i sidste instans kendetegnet ved, at den erhvervsdrivende bærer den økonomiske risiko ved sin virksomhed, således at det pågældende selskab derfor i værste fald også kan blive insolvent.

49. Kommissionens repræsentant har desuden under retsmødet anført, at det på grund af Kilpailuneuvostos til dels uklare beskrivelse af de faktiske omstændigheder ikke er muligt at fastslå med bestemthed, om et aktieselskab som Taitotalo er et offentligretligt organ i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50. Formelt er der i hvert fald ikke fastsat nogen mekanisme i Taitotalos vedtægter, hvorefter offentlige myndigheder skal dække eventuelle tab. Dette udelukker imidlertid på ingen måde, at offentlige myndigheder alligevel faktisk stiller sikkerhed eller kautionerer for sagsøgte.

50. Efter den østrigske regerings opfattelse skal den forelæggende ret, Kilpailuneuvosto, foretage en samlet vurdering af den konkurrencesituation, som Taitotalo befinder sig i. Det forhold, at de virksomheder, som drager fordel af byggeprojekterne, udøver erhvervs- eller forretningsmæssig virksomhed, indebærer under alle omstændigheder ikke nødvendigvis, at Taitotalos virksomhed falder inden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

b) Vurdering

51. Det er indledningsvis nødvendigt at fortolke begrebet almenhedens behov for herefter at fastslå, om et selskab som Taitotalo imødekommer sådanne behov. Med henblik på at nå frem til en brugbar fortolkning skal der i den forbindelse tages

20 — Nævnt i fodnote 4.

hensyn til omstændighederne i den konkrete sag. Kun på denne måde kan begrebet ordregivende myndighed fortolkes funktionsbestemt som omhandlet i Domstolens praksis [21].

52. I tilslutning hertil skal det undersøges, om et selskab som Taitotalo imødekommer behov, der falder inden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

i) Almenhedens behov

53. Ingen af udbudsdirektiverne [22] indeholder en retlig definition af dette vage retlige begreb. Vage retlige begreber giver som regel anledning til fortolkningsvanskeligheder, da det ikke er muligt entydigt at fastslå, om bestemte retssubjekter er omfattet heraf eller ej.

54. Denne konstatering er problematisk i forhold til Fællesskabets grundlæggende retssikkerhedsprincip, som kræver, at en bestemmelse er klar, og at anvendelsen heraf er forudseelig for alle berørte [23]. En fortolkning skal derfor føre til objektive og gennemsigtige kriterier, som gør det muligt at fastslå, om der er tale om almenhedens behov. Hvis lovgiveren derimod havde fastlagt en bindende definition af almenhedens behov, havde det kun i meget begrænset omfang været muligt at foretage en funktionsbestemt fortolkning under hensyntagen til direktivets formål. Begrebet skal imidlertid netop under hensyntagen til udbudsdirektivernes formål konkretiseres yderligere for at give princippet om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser fuld virkning, hvilket Domstolen allerede flere gange har fastslået i forbindelse med organets retlige form eller de tilgrundliggende bestemmelser [24].

55. Domstolen har hidtil beskrevet almenhedens behov som behov, der er snævert forbundet med statsinstitutionernes virke [25]. Der er tale om behov, som staten vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse [26].

56. Som jeg har anført i forslaget til afgørelse i Truley-sagen [27], har Domstolen i mellemtiden allerede anset en række

21 — Jf. BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 62 med henvisning til dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 11.

22 — Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), og direktiv 92/50/EØF, nævnt i fodnote 3.

23 — Jf. i denne forbindelse dom af 13.2.1996, sag C-143/93, Van Es Douane Agenten, Sml. I, s. 431, præmis 27.

24 — Jf. BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 62, Beentjes-dommen, nævnt i fodnote 21, præmis 11, og dom af 17.12.1998, sag C- 306/97, Connemara Machine Turf, Sml. I, s. 8761, præmis 31.

25 — Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 24.

26 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 51.

27 — Nævnt i fodnote 19, punkt 64.

meget forskellige opgaver for at opfylde almenhedens behov. Disse eksempler fra retspraksis kan ligesom den fortegnelse over offentligretlige organer, der er indeholdt i bilag I til direktiv 71/305/EØF[28], udgøre fortolkningselementer.

57. I forslaget til afgørelse i Truley-sagen[29] har jeg også redegjort for, hvorfor en fortolkning af almenhedens behov alt efter den pågældende medlemsstats egen afgrænsning af sine opgaver efter min opfattelse ikke er forenelig med udbudsdirektivernes formål. Fællesskabsrettens særlige karakter såvel som målsætningen om, at den skal anvendes ensartet, taler for, at begrebet almenhedens behov skal opfattes og fortolkes som et selvstændigt fællesskabsretligt begreb. Denne opfattelse støttes af udbudsdirektivernes formål, som er at bidrage til det indre markeds oprettelse og funktion. Samtidig har jeg imidlertid også henvist til, at en selvstændig fællesskabsretlig fortolkning af begrebet ikke må føre til, at den nationale ret bliver uden betydning.

58. Den finske regering har fremhævet, at de tjenesteydelser, som et selskab som Taitotalo tilbyder, dvs. erhvervelse, salg og udlejning af kontorlokaler, har til formål at imødekomme behov, der i Finland betragtes som kommunale anliggender. Efter Finlands opfattelse er der således tale om behov, som kommunerne og dermed staten selv ønsker at imødekomme for at kunne få indflydelse på etableringen af virksomheder på deres område.

59. Den finske regering har ligeledes redegjort for, hvilke opgaver en kommune kan påtage sig alene på grundlag af sin grundlovssikrede ret til selvstyre og ved siden af særlige lovbestemmelser, nemlig kun opgaver, som imødekommer behovene blandt indbyggerne i en kommune, og som er af betydning for hele kommunen.

60. Dermed bestemmer national ret, at kommunernes virksomhed obligatorisk skal komme indbyggerne til gode. Det er derfor nærliggende at antage, at kommunale selskabers virksomhed altid imødekommer almenhedens behov.

61. Taitotalo har imidlertid understreget, at selskabets virksomhed først og fremmest er indrettet efter behovene blandt de virksomheder, selskabet har som kunder. Der rejser sig dermed det spørgsmål, om denne kundeorientering taler imod, at denne virk-

28 — Rådets direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT 1971 II, s. 613.

29 — Nævnt i fodnote 19, punkt 42-45.

somhed tager sigte på at imødekomme almenhedens behov. Det skal i den forbindelse tages i betragtning, at selskaber som det sagsøgte, navnlig når de som i hovedsagen projekterer komplette virksomhedscentre, formentlig vil bestræbe sig på at tilbyde enhver virksomhed, som i en kommunes område søger egnede lokaler, sådanne lokaler.

62. Domstolen har i Agorà og Excelsiordommen [30] fastslået, at en messearrangør ikke kun varetager messeudstilleres og fagbesøgendes interesser, men også tredjeparters interesser, som f.eks. forbrugernes. Denne vurdering giver også holdepunkter, der kan anvendes i forbindelse med de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Lige så lidt som i forbindelse med organisering af en messe synes det i denne forbindelse at være begrundet, at der af det forhold, at kredsen af kundevirksomheder er begrænset, drages den slutning, at den tjenesteydelse, som udbydes af et selskab som det sagsøgte, ikke imødekommer almenhedens behov.

63. Den finske regerings repræsentant har under retsmødet oplyst, at kommunerne opretter udviklingsselskaber med henblik på at fremme etableringen af virksomheder og dermed også den økonomiske virksomhed i deres område.

64. I denne forbindelse skal der også tages hensyn til det andet spørgsmål, som præciserer baggrunden for gennemførelsen af byggeprojekterne i Varkaus. Jeg anser det for utvivlsomt, at betingelserne for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i reglen ikke kun skabes for virksomhedernes egen skyld, men netop fordi kommunen som følge af etableringen af virksomheder bl.a. håber på en positiv stimulering af handelen, indbyggernes beskæftigelse og skatteprovenuet. Den virksomhed, der udøves af et selskab, som skaber betingelser for etableringen af virksomheder, fremmer derfor opfyldelsen af behovene hos indbyggerne i kommunen og dermed hos almenheden.

65. Kommissionen har derimod under retsmødet anført, at disse impulser kan være hypotetiske og virkningen kun indirekte. Heroverfor kan det anføres, at etableringen af virksomheder i en kommune faktisk fremmes på grundlag af de såkaldte udviklingsselskabers virksomhed.

66. Som foreløbig konklusion kan det fastslås, at aktieselskaber, der kontrolleres af det offentlige, kan anses for at have til opgave at imødekomme almenhedens behov, når de opfører kontorlokaler til private virksomheder med henblik på at skabe mere fordelagtige betingelser for erhvervsmæssig virksomhed i en kommune. Spørgsmålet er imidlertid, om der er tale om behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

30 — Nævnt i fodnote 4, præmis 34.

ii) Imødekommelse af behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område

67. I BFI Holding-dommen [31] bemærkede Domstolen, at det fremgår af ordlyden af artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50 i de forskellige sproglige versioner, at kravet om, at behovet falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, er et kriterium, som skal præcisere begrebet almenhedens behov i denne bestemmelses forstand. Den fastslog i samme dom endvidere, at direktivets artikel 1, litra b), andet afsnit, skal fortolkes således, at lovgiver har sondret mellem på den ene side almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, og på den anden side almenhedens behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område [32].

68. Disse bemærkninger gør det imidlertid kun muligt at forstå forholdet mellem de enkelte betingelser i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50. De muliggør ikke en definition af behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område. Det er således fortsat et spørgsmål, hvordan der kan sondres mellem almenhedens behov inden for og uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, og om det behov, som imødekommes af Taitotalo, dvs. erhvervelse og administration af kontorlokaler med henblik på senere at overlade dem til virksomheder i teknologisektoren, er et behov inden for eller uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

69. Domstolen har i sin hidtidige retspraksis givet følgende holdepunkter for fortolkningen af begrebet.

70. Den omstændighed, at der består en udviklet konkurrence, og navnlig den omstændighed, at det pågældende organ udsættes for konkurrence fra private udbydere på markedet, kan være et indicium for, at der er tale om behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område [33]. Det forhold, at et bestemt behov også kan imødekommes af private virksomheder, udelukker ikke, at der kan være tale om behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område som omhandlet i artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktiv 92/50 [34]. Efter Domstolens opfattelse er der i almindelighed tale om behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, for det første når disse opfyldes på en anden måde end ved udbuddet af goder eller tjenesteydelser på markedet, og for det andet når staten af almene hensyn vælger selv at imødekomme dem eller ønsker at bevare en afgørende indflydelse på opfyldelsen heraf [35].

71. Om et selskab som Taitotalo, som hovedsagen vedrører, driver virksomhed på et konkurrencepræget område, skal som anført af den østrigske regering undersøges af den forelæggende ret under hen-

31 — Nævnt i fodnote 14, præmis 32.

32 — Nævnt i fodnote 14, præmis 36.

33 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 49.

34 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 53.

35 — Jf. bl.a. Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 37 med henvisning til BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 50 og 51.

syntagen til dets samlede aktiviteter[36]. Med hensyn til de faktiske omstændigheder forudsætter dette, at såvel markedet for de omhandlede tjenesteydelser som dettes geografiske udstrækning defineres[37]. Dette skal gøres af den forelæggende ret, som har kendskab til sagens omstændigheder.

72. På baggrund af parternes indlæg er det nærliggende at antage, at der ikke foreligger en udviklet konkurrence på det område, hvor det pågældende selskab driver virksomhed. Dette er imidlertid kun formodninger. Da forekomsten af konkurrence kun udgør et indicium, er det imidlertid heller ikke nødvendigt at afklare dette spørgsmål for at fortolke begrebet behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

73. Alle parter er enige i, at den virksomhed, som udøves af et selskab som sagsøgte i hovedsagen, består i at udbyde tjenesteydelser, som også en privat virksomhed vil kunne udføre. Parterne er derimod af forskellig opfattelse med hensyn til analysen af det behov, der imødekommes.

74. Domstolen råder ikke over Taitotalos vedtægter med henblik på at kunne fastslå retsgrundlaget for selskabets virksomhed. Ifølge Kilpailuneuvosto og den finske regering forfølger selskaber som det selskab, der er sagsøgt i hovedsagen, et profitformål. Den finske regerings repræsentant har oplyst, at finsk kommunalret forbyder kommunerne at oprette selskaber med det rent økonomiske formål at opnå fortjeneste. Dette taler imod, at der er tale om økonomisk virksomhed, da erhvervsmæssig virksomhed i princippet tager sigte på at opnå fortjeneste ved virksomheden. Såfremt kommunerne retligt er forhindret i at oprette selskaber, der forfølger profitformål, taler dette for, at der kun er få eller ingen muligheder for at oprette selskaber med henblik på at imødekomme behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

75. Taitotalo her heroverfor understreget, at selskabet gennemfører byggeprojekter for enkelte virksomheder for at imødekomme disses specifikke behov, og at dette sker til markedspriser. I denne forbindelse er Taitotalo enig med den franske regering i, at det for vurderingen af den virksomhed, der udøves af selskaber som Taitotalo, er det pågældende selskabs virksomhed, der er afgørende, og ikke den virksomhed, der udøves af dem, det bygger for.

76. Allerede i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om almenhedens behov blev der henvist til, at begrænsningen af de direkte brugere eller modtagere af en virksomhed eller en tjenesteydelse ikke taler imod, at denne udbydes for at imødekomme almenhedens behov. Af den omstændighed, at brugerne eller modtagerne af en virksomhed eller tjenesteydelse er virksomheder inden for det

36 — Jf. bl.a. Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 42.

37 — Jf. dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 31, vedrørende en konkurrenceretlig problemstilling.

erhvervs- eller forretningsmæssige område, kan der heller ikke drages den konklusion, at det organ, der tilbyder dem en bestemt virksomhed eller tjenesteydelse, også gør dette erhvervs- eller forretningsmæssigt. Man kan nemlig forestille sig en lang række behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, som staten af almene hensyn imødekommer selv eller gennem organer, der kontrolleres af staten, for at bevare en afgørende indflydelse, og som kun efterspørges af virksomheder på det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

77. Jeg foreslog for første gang i forslaget til afgørelse i Agorà og Excelsior-sagen og senest i forslaget til afgørelse i Truley-sagen, at man ved undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt et organ imødekommer behov, der falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, bl.a. skal tage hensyn til, om organet bærer den økonomiske risiko ved sine beslutninger. I tilfælde af, at det selv bærer de økonomiske konsekvenser af sine beslutninger, taler dette for, at der er tale om virksomhed på det erhvervs- eller forretningsmæssige område [38].

78. Dette kriterium gør det muligt at tage hensyn til formålet med direktiv 92/50 ved fortolkningen heraf. I henhold til betragtningerne til direktiv 92/50 har dette som bekendt til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og følgelig beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i én medlemsstat, og som ønsker at tilbyde varer eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat. Risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller bestemte ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter — i givet fald uden hensyntagen til de økonomiske og finansielle konsekvenser — skal fjernes. Fællesskabslovgiver har ønsket, at direktiverne skal finde anvendelse på organer, hvis virksomhed helt eller delvis ikke følger markedets logik [39].

79. Ved vurderingen af betingelserne for, om der er tale om et offentligretligt organ, er det afgørende, om der er risiko for, at organet lader sig lede af andre hensyn end økonomiske ved indgåelsen af kontrakter [40]. Er dette tilfældet, er der fare for gennemførelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser, hvilket begrunder anvendelsen af direktiverne om offentlige kontrakter [41]. Når et organ selv skal bære den økonomiske risiko ved sin virksomhed, er det i princippet tvunget til at lade sig lede af økonomiske hensyn og vil udvælge sine medkontrahenter i overensstemmelse hermed.

38 — Forslag til afgørelse af 30.1.2001 i Agorà og Excelsior-sagen, nævnt i fodnote 4, punkt 67, og i Truley-sagen, nævnt i fodnote 19, punkt 95.

39 — Som anført af generaladvokat Léger i forslag til afgørelse af 16.9.1997 i Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.-sagen, nævnt i fodnote 13, punkt 69.

40 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 17, præmis 42, og dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 17.

41 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 17, præmis 41, og University of Cambridge-dommen, nævnt i fodnote 40, præmis 16.

80. Virksomheder, der imødekommer almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, har i princippet altid — for at sikre varetagelsen af disse opgaver — mulighed for at få deres eventuelle tab dækket af det offentlige for dermed at undgå, at deres opgaver på det erhvervs- eller forretningsmæssige bliver umulige at varetage. Offentlige myndigheder vil kun undlade at yde støtte, hvis de ikke længere har en interesse i varetagelsen af opgaven — idet denne ikke længere er et behov hos almenheden.

81. Lægges dette til grund i forbindelse med sagsøgte i hovedsagen, skal den forelæggende ret først undersøge, hvorvidt det af Taitotalos vedtægter fremgår, at byen Varkaus i givet fald er forpligtet til at dække tab, som opstår for Taitotalo. En sådan forpligtelse kan også følge af relevant national ret eller praksis. I den forbindelse skal der ikke kun tages hensyn til, om der findes en udtrykkelig bestemmelse om dækning af tab, men også tages hensyn til praksis. Såfremt byen Varkaus i det foreliggende tilfælde f.eks. faktisk dækker eller kautionerer for sagsøgtes tab, skal den forelæggende ret tage hensyn til dette.

82. Den finske regerings indlæg under retsmødet taler for, at kommunerne sædvanligvis forhindrer, at selskaber, som de ejer, går konkurs.

83. Såfremt Taitotalo imidlertid rent faktisk selv bærer sin økonomiske og finansielle risiko uden mulighed for støtte fra de offentlige myndigheders side, imødekommer selskabet behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område.

84. På baggrund heraf skal Kilpailuneuvostos spørgsmål derfor besvares med, at et aktieselskab, som en kommune ejer og kontrollerer, og som køber tjenesteydelser på området for planlægning og byggearbejde med henblik på et byggeprojekt, der omfatter kontorlokaler, som for at imødekomme almenhedens behov skal udlejes til virksomheder, skal anses for en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, når selskabet ikke selv bærer den økonomiske risiko ved sin virksomhed, eftersom der er mulighed for at få eventuelle tab dækket af kommunen.

3. *Andet spørgsmål*

a) Parternes argumenter

85. Alle parter, der har fremsat bemærkninger vedrørende dette spørgsmål, er af den opfattelse, at det forhold, at det omhandlede byggeprojekt tilsigter at skabe fordelagtige betingelser i kommunen for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed, har betydning for vurderingen af sagen.

86. Taitotalo har imidlertid understreget, at dette spørgsmål ikke har noget af gøre med den sag, som Kilpailuneuvosto faktisk skal afgøre, da der i denne sag ikke er tale om et byggeprojekt, som kommunen selv gennemfører, hvilket det andet spørgsmål kunne antyde, men at Taitotalo som følge af projektet forbedrer betingelserne for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed for enkelte virksomheder.

b) Vurdering

87. Det andet spørgsmål, der er stillet med hensyn til almenhedens behov, er i det væsentlige allerede blevet besvaret i forbindelse med fortolkningen af artikel 1, litra b), i direktiv 92/50.

88. Etablering af virksomheder og den fremme af økonomisk virksomhed, der er forbundet hermed, imødekommer almenhedens behov og er således en del af forudsætningerne i artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 92/50 for, at et organ kan defineres som et offentligretligt organ som omhandlet i bestemmelsen.

89. Det har derfor betydning for vurderingen af sagen, at et kommunalt byggeprojekt tilsigter at skabe fordelagtige betingelser i kommunen for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed, da almenhedens behov dermed imødekommes.

4. *Tredje spørgsmål*

a) Parternes argumenter

90. Taitotalo og Kommissionen er af den opfattelse, at det forhold, at de kontorlokaler, der skal opføres, kun udlejes til en enkelt virksomhed, betyder, at Taitotalo ikke imødekommer almenhedens behov.

91. Den finske, den franske og den østrigske regering er derimod af den opfattelse, at det ikke har betydning for vurderingen af sagen, at de kontorlokaler, der skal opføres, kun udlejes til en enkelt virksomhed.

b) Vurdering

92. Det er allerede blevet anført, at almenhedens interesse i at få opfyldt et behov ikke er afhængig af antallet af direkte brugere af en virksomhed eller en tjenesteydelse.

93. Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at det ikke har betydning for vurderingen af sagen, at de kontorlokaler, der skal opføres, kun udlejes til en enkelt virksomhed.

VI — Forslag til afgørelse

94. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at de af Kilpailuneuvosto stillede præjudicielle spørgsmål besvares således:

»Et aktieselskab, som en kommune ejer og kontrollerer, og som køber tjenesteydelser på området for planlægning og byggearbejde med henblik på et byggeprojekt, der omfatter kontorlokaler, som for at imødekomme almenhedens behov skal udlejes til virksomheder, skal anses for en ordregivende myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, når selskabet ikke selv bærer den økonomiske risiko ved sin virksomhed, eftersom der er mulighed for at få eventuelle tab dækket af kommunen.

Det har betydning for vurderingen af sagen, at et kommunalt byggeprojekt tilsigter at skabe fordelagtige betingelser i kommunen for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed, da almenhedens behov dermed imødekommes.

Det har ikke betydning for vurderingen af sagen, at de kontorlokaler, der skal opføres, kun udlejes til en enkelt virksomhed.«