FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 12. januar 2006 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende præjudicielle sag angår spørgsmålet om, under hvilke betingelser tildeling af en offentlig kontrakt i form af en såkaldt kvasi-in-house kontrakt er lovlig og derfor ikke er omfattet af Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [2] (herefter »direktiv 93/36«). Det drejer sig altså om en ny sag med henblik på fortolkning og anvendelse af de i Teckal-dommen [3] og i Stadt Halle-dommen udviklede [4] — i det mindste til dels — nærmere præciserede kriterier.

2. I øvrigt indskriver den foreliggende sag sig i en række af — til dels allerede afgjorte [5] sager — der handler om italienske kommuners tildeling af kontrakter inden for områderne energiforsyning og affaldsbortskaffelse.

II — Retsforskrifter: fællesskabsret

3. Direktiv 93/36 fastlægger i artikel 1 grundlæggende bestemmelser med hensyn til sit anvendelsesområde.

4. Artikel 1 i indledningen og litra a) lyder som følger:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »offentlige indkøbsaftaler«, gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 199, s. 1.

3 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121.

4 — Dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau (herefter »Stadt Halle«-dommen), Sml. I, s. 1.

5 — Se f.eks. kendelse af 14.11.2002, sag C-310/01, Comune di Udine, EUT 2003 C 55, s. 20; dom af 9.9.1999, sag C-108/98, RI.SAN, Sml. I, s. 5219.

mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde.«

5. I præmis 49 og 50 i Teckal-dommen har Domstolen opstillet nogle principper, hvorefter visse transaktioner ikke henhører under direktivets anvendelse:

»49 For så vidt angår spørgsmålet, om der foreligger en aftale, må den nationale ret undersøge, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer.

50 Det er herved efter artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 principielt tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.«

6. Den første af de to nævnte forudsætninger har Domstolen præciseret yderligere i Stadt Halle-dommen [6] og i Parking Brixen-dommen [7].

7. Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [8] (herefter »direktiv 93/38«) indeholder en ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester [9] nu ændret bestemmelse om tildeling af kontrakter til virksomheder, der står i et bestemt, nært forhold til den, der tildeler kontrakten.

8. Artikel 13, stk. 1, i direktiv 93/38 bestemmer følgende:

»1. Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelsesaftaler:

a) som en ordregiver indgår med en tilknyttet virksomhed

6 — Dommen nævnt i fodnote 4.

7 — Dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585.

8 — EFT L 199, s. 84.

9 — EUT L 134, s. 1.

b) der af et joint venture bestående af flere ordregivere med henblik på udøvelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for virksomhed indgås med en af de deltagende ordregivere eller med en virksomhed, der er tilknyttet en af de deltagende ordregivere,

såfremt mindst 80% af den gennemsnitlige omsætning af tjenesteydelser, som den pågældende virksomhed har haft i Fællesskabet i løbet af de seneste tre år, hidrører fra leveringen af tjenesteydelser til de virksomheder, den er tilknyttet.

Når den samme tjenesteydelse eller lignende tjenesteydelser præsteres af mere end én virksomhed tilknyttet ordregiveren, skal den samlede tjenesteydelsesomsætning inden for Fællesskabet i de pågældende virksomheder tages i betragtning.«

III — Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlinger i hovedsagen

9. Commune di Busto Arsizio (herefter »kommunen«) foranstaltede den 22. september 2003 et udbud med henblik på levering af energi til og vedligeholdelse, tilpasning og teknisk opdatering af varmeinstallationerne i kommunens bygninger (kontraktens værdi på 8 450 000 EUR plus moms var opdelt i 5 700 000 EUR til levering af brændsel — deraf 4/5 til fyringsolie og 1/5 til naturgas — 1 000 000 EUR til vedligeholdelse og 1 750 000 EUR til omstilling og tilpasning til normer).

10. Kommunen udsatte ved beslutning nr. 804 af 21. november 2003 udbudsproceduren indtil den 10. december 2003 i afventning af en eventuel beslutning om at tildele kontrakten uden udbud. Sagsøgeren, Carbotermo SpA, afgav sit bud den 22. november 2003. Consorzio Alisei har ganske vist forberedt det tekniske bud, men dog ikke fremlagt det inden for den oprindeligt foreskrevne frist, som var den 24. november 2003, da Alisei den 21. november 2003 fik kommunens meddelelse om, at udbudsproceduren var udsat indtil den 10. december 2003, og senere bekendtgørelsen om, at udbuddet var annulleret.

11. Ved beslutning nr. 857 af 10. december 2003 annullerede kommunen udbuddet og forbeholdt sig muligheden for at tildele kontrakten efterfølgende uden udbud til AGESP SpA (herefter »AGESP«).

12. AGESP kontrolleres 100% af AGESP Holding SpA [10], der atter for sit vedkommende er et aktieselskab, hvis egenkapital for 99,98%'s vedkommende ejes af kommunen [11]. De resterende andele ejes af nogle tilgrænsende kommuner i den samme provins.

13. Den 18. december 2003 fulgte tildelingen af den nævnte kontrakt til AGESP.

14. Carbotermo og Alisei har anlagt sag til prøvelse af de pågældende beslutninger ved Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. Denne ret har forenet de to sager og har ved kendelse af 27. maj 2004, indgået til Domstolens Justitskontor den 9. august 2004, forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er direkte tildeling af en kontrakt om levering af brændsel til varmeinstallationer i bygninger ejet eller drevet af en kommune, samt de tilsvarende opgaver med drift og vedligeholdelse af nævnte installationer (hvor den beløbsmæssigt væsentligste del af kontrakten vedrører levering af brændsel) til et aktieselskab, som på nuværende tidspunkt er fuldt ud ejet af et andet aktieselskab, hvori den ordregivende kommune er hovedaktionær (med 99,98% af aktiekapitalen), nemlig til et selskab (AGESP), som ikke ejes direkte af den offentlige myndighed, men af et andet selskab (AGESP Holding), hvis kapital på nuværende tidspunkt ejes for 99,98%'s vedkommende af den offentlige myndighed, forenelig med Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb?

2) Skal betingelsen om, at den virksomhed, til hvem kontrakten tildeles, direkte skal udføre hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, den ejes af, vurderes på grundlag af artikel 13 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14, juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, og kan det konkluderes, at betingelsen er opfyldt, når den pågældende virksomhed har hovedparten af sin omsætning sammen med den ordregivende myndighed, den ejes af, eller i givet fald, når den har størstedelen af sin omsætning på denne myndigheds område?«

10 — I henhold til artikel 7 i vedtægterne for AGESP må »ingen selskabsdeltager, bortset fra det kontrollerende selskab AGESP Holding SpA, besidde mere end en tiendedel af den samlede selskabskapital«.

11 — I henhold til artikel 6 i vedtægterne for AGESP Holding SpA er flertallet af aktierne forbeholdt kommunen.
I henhold til artikel 7 i vedtægterne for AGESP Holding SpA må »ingen selskabsdeltager, der er en privatperson [...] besidde mere end 10% af den samlede selskabskapital«.

IV — Om de præjudicielle spørgsmål

15. De to præjudicielle spørgsmål handler i det væsentlige om de to kumulative betingelser, hvorunder visse kvasi-in-house-kontrakttildelinger ikke omfattes af direktiv 93/36 (den såkaldte Teckal-undtagelse eller Teckal-kriterierne): Den ordregivende myndighed skal udøve en kontrol svarende til den, som den udøver med hensyn til sine egne tjenestegrene, og den pågældende virksomheds aktivitet skal i det væsentligste udøves for indehaveren af aktierne. Såfremt de pågældende betingelser måtte være opfyldt, ville det heller ikke være nødvendigt at anvende direktivets bestemmelser, som f.eks. overholdelsen af bestemte procedureregler.

16. Det bør for en sikkerheds skyld betones, at det i nærværende sag er den tidligere retstilstand og altså ikke den nye indeholdt i den såkaldte lovgivningspakke, der er afgørende.

V — Indledende bemærkninger

17. Nærværende sag har som allerede de forudgående sager vist, at Teckal-kriterierne består af en række uklare begreber, som har givet anledning til et større antal retsspørgsmål og medført afgrænsningsvanskeligheder. I lyset af de pågældende erfaringer rejser der sig spørgsmålet om, hvordan Domstolen bedst kan skabe klarhed over retstilstanden og derved sikre de berørtes retssikkerhed. En mulighed ville være, at Domstolen ikke blot forfiner sin retspraksis i relation til enkelttilfælde, men at den præciserer den mere generelt. En anden løsning kunne bestå i at fjerne den usikkerhed, der er skabt med Teckal-undtagelsen, ved hjælp af en omfattende revision af retspraksis. I november 1999 har Domstolen med sin dom i Teckal-sagen åbnet dørene for undtagelser fra direktivet. Men hvor langt den åbning rækker, er fortsat uklart.

18. Nærværende sag viser netop, at denne omstændighed også påvirker de højeste nationale domstole, såsom den italienske Consiglio di Stato. Således henviser — ifølge forelæggelsesafgørelsen — de af Consiglio di Stato opstillede retningslinjer for tildeling af kvasi-in-house-kontrakter til en kendelse fra Domstolen [12]. Om den pågældende praksis derimod er forenelig med Domstolens retspraksis får i denne forbindelse stå hen. Hovedsagen viser i alt fald på samme måde som andre sager i andre medlemsstater, at Domstolens praksis åbenbart ikke indeholder klare anvisninger for de berørte erhvervskredse og domstole i medlemsstaterne.

12 — Kendelse i Commune di Udine-sagen, nævnt i fodnote 5.

19. For at give Domstolen et valg mellem forskellige alternativer vil jeg i det følgende — til trods for den af mig ytrede betænkelighed — præcisere Teckal-undtagelsen i en mere generaliseret udformning. Domstolen har altid mulighed for at vælge en anden løsning.

VI — Første kriterium: Kontrol svarende til den, der udøves med hensyn til egne tjenestegrene

20. Nærværende sag udviser flere særlige træk, hvorved den alt i alt adskiller sig fra andre verserende eller allerede afgjorte sager vedrørende såkaldt public-private-partnerships (herefter »PPP«).

21. I modsætning til de omstændigheder, der skulle tages stilling til i Stadt Halle-dommen, mangler der, hvilket klart fremgår af sagens akter, deltagelse af private virksomheder. Desuden drejer det sig i nærværende sag om en anden selskabsretlig konstruktion end i Stadt Halle-sagen, og nærmere betegnet om et aktieselskab. Til forskel fra Parking Brixen-sagen [13] og Teckal-sagen foregik der til gengæld i nærværende sag ikke en tildeling af en kontrakt til et datterselskab, men til et »barnebarn« af den kommunale myndighed.

13 — Dommen nævnt i fodnote 7.

A — *Den retlige vurdering af tildeling af kontrakt uden udbud*

22. Det første særkende vedrørende den procedure, der skal efterprøves i nærværende sag, handler ligesom i Stadt Halle-sagen om den omstændighed, at tildelingen af kontrakt ikke skete direkte til den virksomhed, som den kommunale myndighed er medejer af.

23. I denne sammenhæng rejser der sig det spørgsmål, om Teckal-kriterierne principielt kan anvendes på forhold, hvor der foreligger et indirekte ejerskab, dvs. om man også kan undtage fremgangsmåder fra udbudsdirektiverne, hvor det offentlige, for hvem ydelsen præsteres, kun er medejer af den pågældende virksomhed gennem et andet selskab.

24. Kommissionen såvel som den polske regering afviser af principielle grunde en sådan fortolkning.

25. Der kan ikke udledes noget klart svar derpå af Domstolens praksis. Dette

gælder også efter Parking Brixen-dommen.

26. For grundlæggende at kunne muliggøre brug af Teckal-kriterierne også i tilfælde af indirekte ejerskab taler, at Domstolen i Stadt Halle-sagen i det hele taget har gennemført en tilsvarende efterprøvelse af, om forudsætningerne for begge Teckal-kriterierne var opfyldt. Man kunne i lyset deraf udlede en stiltiende principiel anerkendelse af den nævnte mulighed.

27. Ordlyden af Stadt Halle-dommen synes imidlertid at pege i en anden retning. Således hedder det i præmis 49: »[...] såfremt det selvstændige organ udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, det ejes af«. Deraf kunne man udlede, at udvekslingen af ydelser skulle foregå direkte mellem den offentlige ordregiver som medejer og det foretagende, som den offentlige ordregiver er medejer af.

28. Eftersom denne formulering til gengæld udtrykkeligt henviser til det andet kriterium, dvs. aktivitetens væsentlighed, kunne man selvsagt udlede deraf, at Teckal-dommen ikke indeholder nogen udtrykkelig tilkendegivelse af muligheden for, at også indirekte ejerskab kan opfylde det første kriterium.

29. Den omstændighed, at Teckal-sagen vedrørte en blandet offentlig virksomhed, og at Domstolen implicit anerkendte sådanne konstellationer ved at indføre de såkaldte Teckal-kriterier, taler derimod for, at også indirekte ejerskab principielt kan være omfattet. Det er dog en forudsætning, at kontrolkriteriet er opfyldt med hensyn til alle grader af medejerskab.

30. Hvad angår dette kriterium kommer det ifølge Parking Brixen-dommen an på, om der foreligger den mulighed, at »indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger«. Herved skal samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder tages i betragtning [14]. Hvorvidt denne indflydelse også udøves i praksis, synes ifølge denne dom ikke at være påkrævet.

B — *Den retlige vurdering af blandede offentlige foretagender*

1. Principper

31. Hovedsagens faktiske omstændigheder udviser endnu et særligt træk, der adskiller

14 — Dommen nævnt i fodnote 7, præmis 65.

den fra de faktiske omstændigheder, der lå til grund for Stadt Halle-sagen. I nærværende sag drejer det sig nemlig ikke om en blandet økonomisk virksomhed, men om et foretagende, nærmere betegnet dets moderselskab, som der ikke er nogen privat virksomhed involveret i. Dette fremgår ikke af forelæggelsesafgørelsen selv, men af de øvrige sagsakter. I øvrigt andrager deltagelsen af andre blot en andel på 0,02%. Da denne resterende andel ejes af andre kommuner, altså af offentlige institutioner, drejer det sig om et blandet offentligt foretagende eller et såkaldt »Public-Public-Partnership«.

32. Hvis man indordner nærværende sags faktiske omstændigheder i Domstolens hidtidige praksis, så tegner der sig følgende billede: På den ene side viser der sig en væsentlig forskel i forhold til Stadt Halle-sagen, hvori det drejede sig om en blandet økonomisk virksomhed, på den anden side bliver parallellen til Teckal-sagen, hvori der var tale om en blandet offentlig virksomhed, tydelig. Den virksomhed, der skulle opfylde kontrakten i den sidstnævnte retssag, dvs. AGAC, var ganske vist selv en juridisk person, men kunne tilskrives et initiativ fra flere kommuner.

33. For anvendelse af Teckal-undtagelsen på blandede offentlige foretagender taler foruden Teckal-dommen, som netop nævnt, også det forhold, at det i Stadt Halle-sagen [15] var afgørende for Domstolen, at private virksomheder tjener andre interesser end kommunale foretagender.

34. I nærværende sag drejer det sig imidlertid kun om kommuners ejerskab og ikke om privates interesser. Da kommuner varetager formål, der er i offentlig interesse, kunne man derfor i det mindste ved første øjekast gå ud fra, at kontrolkriteriet strengt taget er opfyldt. Det gælder i hvert fald, hvis man forstår forudsætningen om interessesammenfald [16] på den måde, at den allerede er opfyldt som følge af fraværet af private interesser. Ganske vist er det ikke udelukket, og det bekræftes af kommuners adfærd som deltagere i erhvervslivet, at kommuner også kan repræsentere forskellige interesser. I så fald foreligger der ikke længere et interessesammenfald.

35. I denne forbindelse skal det dog ikke forties, at det i Teckal-sagen handlede om en såkaldt »azienda municipalizzata« og ikke som i nærværende sag om et aktieselskab. Betydningen af den selskabsretlige konstruktion vil blive taget op senere.

15 — Dommen nævnt i fodnote 4, præmis 50.

16 — Jf. generaladvokat Kokotts fremgangsmåde i hendes forslag til afgørelse af 1.3.2005 i Parking Brixen-sagen, nævnt i fodnote 7, punkt 74 f.

36. Men besvarelsen af spørgsmålet om, hvordan blandede offentlige foretagender skal behandles, skal også gives i lyset af den i Stadt Halle-dommen udtrykkeligt bekræftede fortolkningsgrundsætning, hvorefter enhver undtagelse fra forpligtelsen til at anvende fællesskabsbestemmelserne skal fortolkes strengt [17].

37. Selv i Stadt Halle-dommen, hvori det ikke drejede sig om flere aktionærers ejerskab, har Domstolen imidlertid bekræftet, at Teckal-undtagelsen principielt kan anvendes på foretagender med flere aktionærer. Det kan man se deraf, at Domstolen [18] ikke blot ord for ord har overtaget Teckal-undtagelsen, men også har mindet om, at der i Teckal-sagen var tale om foretagender ejet af »offentlige myndigheder«. Her har Domstolen altså ikke kun anvendt flertalsformen for så vidt angår det andet kriterium i Teckal-undtagelsen.

38. Deraf følger altså, at også foretagender, der har flere ejere, principielt kan være omfattet af undtagelsen.

39. For anvendelsen af Teckal-undtagelsen i det foreliggende tilfælde må man dog også gå et skridt videre endnu, fordi der in casu desuden er tale om et indirekte medejerskab. Efter min mening kan anvendelsen af Teckal-undtagelsen i et sådant tilfælde ikke på forhånd generelt og abstrakt udelukkes.

40. Det skal snarere også her konkret efterprøves, om kontrolkriteriet er opfyldt. Den målestok, som Domstolen har opstillet i Parking Brixen-sagen, bør bringes i erindring i denne forbindelse. Ifølge den kommer det an på, om den kontrollerede virksomhed kun har en vis selvstændighed [19] og det nærmere betegnet i forhold til sine ejere [20].

41. Da der i dette tilfælde, og netop på grund af vedtægterne, er mulighed for privat medejerskab, skal det undersøges, om man med hensyn til kontrolkriteriet kan tillægge det retlig betydning, hvis der senere åbnes adgang for private til selskabskapitalen.

42. Med hensyn til åbning af adgang til selskabskapitalen for private kunne man så sondre mellem, hvorvidt privat medejerskab kun er retligt muligt eller, om det også er retligt nødvendigt. Hvad angår det første

17 — Dommen nævnt i fodnote 4, præmis 46.
18 — Dommen nævnt i fodnote 4, præmis 49.
19 — Dommen nævnt i fodnote 7, præmis 70.
20 — Dommen nævnt i fodnote 7, præmis 68.

tilfælde kunne man yderligere sondre mellem, hvorvidt der også rent faktisk senere bliver gjort brug af muligheden — forudgående åbning, som det var tilfældet i Stadt Halle-sagen, hvilket på forhånd kan udelukkes i nærværende sag — eller ikke.

43. Med henblik på dette har Kommissionen fremført den opfattelse, at endog potentielt privat medejerskab, som det f.eks. kan følge af vedtægterne i et kapitalselskab, taler for, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt.

44. Imod dette ekstreme synspunkt, som Kommissionen har fremført, taler først og fremmest principielle overvejelser. Ifølge det ville den retlige kategorisering af PPP-aktiviteter afhænge af en blot *mulig* fremtidig udvikling. Om den så *faktisk* indtræder, ville imidlertid være irrelevant. En sådan tilgang er vurderet i forhold til udbudsdirektivernes system noget nyt. Det kunne endog tilmed efter den pågældende medlemsstats ret være forbudt at lade vedtægterne forbyde overdragelse af ejerandele til private.

45. På den anden side foreskriver det for udbudsdirektiverne tilgrundliggende princip om beskyttelse imod omgåelse, at der tages hensyn til bestemte begivenheder, der indtræder efter overdragelsen af opgaverne, dvs. efter tildeling af ordren. Det vedrører især de tilfælde, hvor der endnu ikke var sket en åbning på tidspunktet for tildelingen af kontrakt, men dog allerede fandtes en konkret plan i den retning.

46. Det er ganske vist tvivlsomt, om Parking Brixen-dommen ændrer noget ved denne vurdering. Imod det taler, at der i den dom — i modsætning til nærværende tilfælde — var foreskrevet en åbning af selskabet for fremmed kapital, og at det kun udgjorde et af fem afgørende kriterier for vurderingen [21]. Det udelukker imidlertid fortsat ikke, at selv en mulig åbning — om end kun sammen med andre særlige træk, der karakteriserer forholdene i hovedsagen — kan føre til, at der i denne sag ikke opnås mindstemålet af kontrol. Jeg skal derfor gennemgå disse andre særlige træk og deres betydning for kontrollen.

47. I denne sammenhæng er det nemlig påkrævet at henvise til de forhold, der forelå i en traktatbrudssag mod Republikken Østrig [22], og den dom, som Domstolen afsagde i denne sag for nylig.

21 — Dommen nævnt i fodnote 7, præmis 67.

22 — Dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705.

48. I sagen Kommissionen mod Østrig drejede det sig om Mödling kommunes overdragelse af affaldsbortskaffelse til et selskab med begrænset hæftelse, altså overdragelse fra en kommune til et helejet datterselskab. Cirka to uger efter overdragelsen af opgaven besluttede kommunen at afstå 49% af aktierne til en privat virksomhed. Denne afståelse skete yderligere cirka to uger derefter. Udførelsen af den overdragne virksomhed begyndte endnu nogle uger senere.

49. I sin dom i ovennævnte sag betonede Domstolen, at samtlige faser skulle vurderes under ét og med henblik på deres målsætning og ikke isoleret[23]. Denne omstændighed taler for, at også begivenheder, som indtræder efter overdragelsen af opgaverne, skal tages i betragtning, sådan som Domstolen i den pågældende sag også udtrykkeligt understreger det[24]. I den pågældende sag drejede det sig til gengæld til forskel fra nærværende sag om *faktisk* indtrådte begivenheder. I nævnte sag blev der nemlig netop gjort brug af åbning af selskabet for privat medejerskab. På det tidspunkt, hvor vurderingen af hele forløbet fandt sted, var den allerede sket.

23 — Dommen nævnt i fodnote 22, præmis 41.

24 — Dommen nævnt i fodnote 22, præmis 38.

50. Til forskel derfra kan det ikke udledes af akterne i den foreliggende sag, om, og i givet fald hvornår, der er sket en overdragelse af aktier til private, eller at der havde været eksisterende planer derom. Anskuet på den måde giver hverken Parking Brixen-dommen eller dommen i sagen Kommissionen mod Østrig nogen entydig henvisning til, at den blotte *mulighed* af at åbne selskabet for private er tilstrækkelig.

51. På den baggrund kan man gå ud fra, at den hidtidige retspraksis ikke udelukker tildeling af kontrakter til blandede offentlige foretagender fra Teckal-undtagelsen. Derfor skal der i det følgende fremlægges de betingelser, som sådanne fremgangsmåder skal opfylde.

2. De nærmere betingelser

52. De betingelser, under hvilke tildeling af kontrakter til blandede offentlige foretagender kan falde ind under Teckal-undtagelsen, vedrører forholdet mellem vedkommende virksomhed og de offentligretlige enheder, som direkte eller indirekte ejer den.

53. Man kan på forhånd tilbagevise det argument, der under sagen er fremført om, at Teckal-undtagelsen kun omfatter såkaldte »interorganiske eller organisatoriske delegationer« eller opdeling af organisationsapparatet i en kommune. Der er ingen udtalelser i Domstolens praksis, der taler for at lade sådanne kategorier være afgørende.

54. Domstolen baserer sig generelt i denne sammenhæng, især efter Parking Brixen-dommen, på en materiel og ikke en formel forståelse. Derfor kommer det, hvilket det endnu udestår at påvise, an på udformningen af forbindelserne mellem ejerne. Nærmere betegnet er det derfor i denne henseende nødvendigt at tage alment, abstrakte bestemmelser, såsom den nationale selskabsret, og den konkrete udformning, som f.eks. vedtægterne for den pågældende virksomhed, i betragtning [25].

55. I nærværende sag drejer det sig med hensyn til den virksomhed, som skal levere ydelsen, i modsætning til i Stadt Halle-sagen, ikke om et selskab med begrænset hæftelse efter tysk ret, men om et aktieselskab efter italiensk ret. (SpA).

56. In casu er de relevante bestemmelser codice civile.

57. Der er også forskel i forhold til det organ, der skulle efterprøves i Teckal-sagen. Mens den pågældende sag havde den retlige konstruktion, der betegnes »azienda municipalizzata«, som genstand, vedrører nærværende sag en virksomhed, nemlig AGESP, der ganske vist oprindelig virkede under den nævnte retlige udformning, men som ved beslutning nr. 148 af 24. september 1997 blev ændret til et aktieselskab.

58. Efter italiensk ret har aktieselskaber principielt større autonomi end selskaber med begrænset ansvar.

59. Efter min opfattelse er det ikke tilstrækkeligt at gennemføre en abstrakt efterprøvelse af de muligheder, som codice civile giver aktionærer for at påvirke aktieselskaber og disses mulighed for at påvirke deres datterselskaber. Som jeg allerede tidligere har fremført, så kommer det snarere an på den konkrete udformning af forholdet mellem bedstemoder- og moderselskabet såvel som mellem moder- og datterselskabet [26].

25 — Således som det fremgår af dommen nævnt i fodnote 7, præmis 66 ff.

26 — Jf. mit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen, dommen nævnt i fodnote 4, punkt 65.

60. Aktieselskabets retlige form, dvs. efter italiensk ret, »skader« altså ikke som sådan. Det kan man i øvrigt også uddrage af Parking Brixen-dommen, hvori der på samme måde var tale om et aktieselskab efter italiensk ret. Alene det, at Domstolen ikke lod den omstændighed være nok til at afgøre, at selskabet var selvstændigt, og at det følgelig ikke havde kontrolmulighed, taler for, at den retlige form, som et italiensk aktieselskab har, ikke i sig selv udelukker muligheden for en tilstrækkelig kontrol.

61. Omlæggelsen af et personligt ejet selskab til et aktieselskab udgør ganske vist i det mindste et af flere forhold, der må tages i betragtning ved vurderingen af selvstændighedsspørgsmålet [27].

62. Med henblik på undersøgelsen af den konkrete udformning beror den i hvert fald på de til enhver tid værende aktionærers konkrete beføjelser og ikke på den måde, den udøves på i praksis [28]. Denne opfattelse har Domstolen nu også bekræftet i Parking Brixen-dommen, hvori den undersøgte vedtægterne for det pågældende aktieselskab [29].

63. Dertil kommer, at aktionærernes eller aktionærens kontrolrettigheder ikke blot skal ses i relation til beslutninger om tildeling af kontrakter i almindelighed eller den konkrete beslutning om at tildele en kontrakt [30], men også den generelle ledelse.

64. Med hensyn til kontrolmulighederne kommer normalt instruktions- og tilsynsbeføjelser såvel som udnævnelsesretten i betragtning. I den forbindelse må man gå ud fra den grundregel, at det afgørende er muligheden for indflydelse og således ikke kun de juridiske bestemmelser [31].

65. Afslutningsvis bør man også se nærmere på det under sagen fremførte argument, hvorefter vurderingen af en indkøbsprocedure og anvendelsen af Teckal-undtagelsen afhænger af den måde, de involverede, altså de, der udøver kontrol, og den kontrollerede virksomhed har forholdt sig med hensyn til den konkrete kontrakttildeling.

66. Det ville således være muligt ud fra de involveredes måde at forholde sig på under kontrakttildelingsproceduren, først og frem-

27 — Dommen nævnt i fodnote 7, præmis 67.

28 — Jf. mit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen, dommen nævnt i fodnote 4, punkt 76.

29 — Dommen nævnt i fodnote 7, præmis 66 ff.

30 — Jf. mit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen, dommen nævnt i fodnote 4, punkt 77.

31 — Parking Brixen-dommen, nævnt i fodnote 7, præmis 65.

mest den blandede offentlige virksomhed, at udlede, at denne var uafhængig af ordregiveren.

67. I nærværende sag blev der i den forbindelse især henvist til kontraktens indhold. Særligt skulle den deri foreskrevne bøde for manglende opnåelse af bestemte mål tjene som indicium for AGESP's autonomi.

68. Da kontrolkriteriet vedrører indflydelse på hele virksomhedsledelsen, kan den undersøgte myndigheds fremgangsmåde i relation til den konkrete kontrakttildeling ikke være afgørende. Det kunne nemlig føre til, at den samme myndighed med hensyn til én indkøbsprocedure ville være omfattet af Teckal-undtagelsen og i en anden ikke. En sådan konkretiseret måde at anskue forholdene på kan dog ikke udledes af Domstolens praksis. Domstolen knytter derimod subsumptionen af forholdet og dermed eksistensen af kontrolkriteriet til omstændigheder, der vedrører de berørte personer.

69. Den konkrete undersøgelse af, hvorvidt de generelle, abstrakte retsforskrifter i den nationale ret og den konkrete udformning i det pågældende selskabs vedtægter, i nærværende sag især artikel 19, sikrer en tilstrækkelig kontrol, vedrører bedømmelsen af et konkret sagsforhold. Det og fortolkningen af den nationale ret er imidlertid i lyset af kompetencefordelingen i henhold til artikel 234 EF ikke Domstolens, men den nationale dommers opgave.

C — Delkonklusion

70. Kriteriet »kontrol svarende til den, der udøves med hensyn til egne tjenestegrene« kan principielt også være opfyldt for så vidt angår blandede offentlige foretagender. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder i hovedsagen påhviler den nationale dommer. Denne skal med henblik på det foreliggende tilfælde tage hensyn til følgende:

— medejernes interesser

— ændringen af »azienda municipalizzata« til et aktieselskab

— det forhold, at der ikke var forudset nogen pligt til at åbne selskabet for fremmedkapital, og at en sådan åbning heller ikke var sket

— AGESP's mulighed for tilmed at etablere sig i udlandet

— omfanget af muligheden for at øve indflydelse på udnævnelse af bestyrelse og direktion

— AGESP's bestyrelses beføjelser

— den omstændighed, at kommunen var indirekte involveret i AGESP via AGESP Holding SpA.

71. Domstolen kan ganske vist i nærværende sag — som allerede i sagerne Stadt Halle og Parking Brixen — selv foretage en endelig bedømmelse af en konstruktion som den, der foreligger i hovedsagen. Da de ovennævnte omstændigheder vidtgående er identiske med dem, der forelå i Parking Brixen-sagen [32], hvortil kommer den indirekte deltagelse, tillader det den konklusion — på basis af den hidtidige retspraksis, der af mange anses for at være for streng — at hvad angår forholdene i hovedsagen er det første kriterium, dvs. tilstrækkelig kontrol som med sine egne tjenestegrene, opfyldt.

72. Skulle Domstolen derimod benytte lejligheden til at klargøre sin hidtidige retspraksis i den retning, at i hvert fald bestemte blandede offentlige foretagender kan opfylde kontrolkriteriet, og såfremt den kom til det resultat, at dette også gør sig gældende i hovedsagen, ville der byde sig den yderligere mulighed for Domstolen til at præcisere det andet kriterium i Teckal-dommen, altså væsentlighedskriteriet, nærmere for første gang.

VII — Det andet kriterium: Aktiviteter i det væsentlige til fordel for ejeren

73. Til forskel fra det første Teckal-kriterium er der med hensyn til det andet Teckal-kriterium efter afsigelsen af den pågældende dom ikke kommet nogen retspraksis fra Domstolen, hvormed det pågældende kriterium bliver nærmere forklaret. Nærværende sag giver nu Domstolen mulighed derfor.

74. Hovedsagen vedrører i øvrigt forhold, hvor der på det første trin, dvs. mellem

32 — Dommen nævnt i fodnote 7, præmis 67.

kommunen og AGESP Holding SpA, foreligger næsten fuldstændigt ejerskab, og på det andet trin, dvs. mellem AGESP Holding SpA og AGESP, foreligger fuldstændigt ejerskab.

75. Som det allerede var tilfældet i Stadt Halle-sagen, er der også i nærværende sag tale om en indirekte deltagelse. Det skal derfor undersøges, om muligvis også en af de aktiviteter, et »barnebarnsselskab« udøver, principielt kan opfylde det andet Teckal-kriterium for sin »bedstemor«.

A — *Udgangstese*

76. Da Domstolen i Stadt Halle-dommen i lyset af sin fortolkning af det første kriterium ikke havde behov for at komme nærmere ind på fortolkningen af det andet kriterium, er det kun logisk, at jeg her gentager den i mit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen fremførte opfattelse desangående.

77. Det i Teckal-dommen opstillede andet kriterium med hensyn til væsentlighed vedrører en bestemt minimumsandel af alle de ydelser, den kontrollerede virksomhed har erlagt. Det drejer sig altså om fastlæggelse af omfanget af de samlede ydelser, og dem, der i vid forstand er udført for ejeren.

78. I denne sammenhæng skal der dog henvises til, at det af den omstændighed, at begrebet medejer ikke skal fortolkes for snævert, ikke kan udledes, at man også skal tage aktiviteter for tredjemand, som ejeren ellers selv måtte udføre, i betragtning. Det angår i første række tjenesteydelser af almindelig interesse og altså kommunerne, som i forhold til bestemte personer indgår en forpligtelse til at levere visse ydelser.

79. Det skal yderligere gøres klart, at det kommer an på de faktiske aktiviteter og ikke på de aktiviteter, der er mulige ifølge lov eller selskabsvedtægter, eller endog de aktiviteter, som den kontrollerede virksomhed er forpligtet til at udføre [33].

80. Det centrale spørgsmål er nu, fra hvilken andel tærsklen i det andet Teckal-kriterium nås. Derom er der flere opfattelser. De strækker sig fra mere end 50% over »i nævneværdigt omfang«, »ganske overvejende«, »næsten udelukkende« til »udelukkende«.

33 — Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott af 1.3.2005 i Parking Brixen-sagen, nævnt i fodnote 7, punkt 81, der i så henseende følger mit forslag til afgørelse.

81. Med hensyn til tærsklen bliver der ikke blot fremført en positiv tilgang i den forstand, at omfanget af ydelserne leveret til medejeren skal fastlægges, men også en negativ. I henhold til den negative tilgang skulle man gå ud fra, hvor stor andelen af ydelser, der er leveret til andre end medejeren, udgør. Sidstnævnte opfattelse kan findes i generaladvokat Légers forslag til afgørelse i ARGE-sagen. Han anførte, »at direktivet finder anvendelse, når en ordregivende myndighed påtænker at indgå aftale med et organ, som er formelt forskelligt fra denne myndighed, og når organet i det væsentlige *tilhører andre* myndigheder end dem, den ordregivende myndighed består af« [34]. I lyset af den i Teckal-sagen med hensyn til det andet kriterium valgte positive tilgang skal den negative tilgang dog ikke forfølges videre her.

82. I den citerede passage fra generaladvokat Légers forslag til afgørelse kommer der dog et andet vigtigt aspekt til udtryk, som det er nødvendigt at tage i betragtning med hensyn til fastlæggelse af andelen.

83. Der rejser sig således det spørgsmål, om det andet Teckal-kriterium kun rummer mulighed for en kvantitativ måde at anskue forholdet på, eller om der også kan inddrages kvalitative omstændigheder. For den sidstnævnte mulighed taler undtagelsens ordlyd og mening, som heller ikke indeholder nogen henvisning til, hvordan man skal bedømme aktiviteterne. Den autentiske affattelse af den tilsvarende passage i Teckal-dommen, dvs. den italienske version, udelukker ikke en yderligere eller alternativ anskuelse (»la parte piú importante della propria attivitá«).

84. I øvrigt indeholder Teckal-dommen heller ikke nogen henvisning til måden at beregne andelen på. Det er derfor ikke en selvfølge, at alene omsætningen er afgørende.

85. Den nationale dommer skal altså efter min opfattelse basere sig på »aktiviteternes væsentlighed« på grundlag af kvantitative og kvalitative omstændigheder.

86. I denne sammenhæng skal der erindres om, at forslag til afgørelse er autentiske på det af generaladvokaten som originalsprog valgte sprog. I lyset deraf viser forslaget til afgørelse fra generaladvokat Léger følgende: På den ene side sigter han til de leverede ydelsers »kvasi-eksklusivitet«, hvilket i den tyske affattelse betegnes som »sämtliche Dienstleistungen« [35]. På den anden side

34 — Forslag til afgørelse af 15.6.2000 i sag C-94/99, dom af 7.12.2000, Sml. I, s. 11037, punkt 93, min fremhævelse.

35 — Forslaget nævnt i fodnote 34, punkt 74.

støtter han sig til affattelsen i det andet Teckal-kriterium på processproget italiensk og taler om »en grande partie«, som i den tyske affattelse er gengivet med »im Wesentlichen« [36]), eller med »la plus grande partie de leur activité« (på tysk »den größten Teil ihrer Tätigkeit«) [37].

87. Med henblik på en nærmere konkretisering nævnes i litteraturen, men også i sager ved Domstolen kriteriet på 80% fra artikel 13 i direktiv 93/38. Som begrundelse derfor anføres det, at dette kriterium er »objektivt« eller »sagligt korrekt«.

88. Dertil skal bemærkes, at også en anden procentsats kunne være objektivt eller sagligt korrekt. Som nogle af deltagerne i denne sag har understreget, har jeg allerede i mit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen henvist til, at den manglende fleksibilitet med en fast procentsats lige så vel kan udgøre en hindring for en sagligt korrekt løsning. Dertil kommer, at en sådan sats ikke tillader at tage andet end rent kvantitative elementer i betragtning.

89. Imod muligheden for at anvende 80%-kriteriet fra artikel 13 i direktiv 93/38 taler for det første den omstændighed, at det drejer sig om en undtagelsesbestemmelse i et direktiv, der kun gælder for visse sektorer. Den dér fastlagte værdi er som følge af fællesskabslovgivers ønske begrænset til det pågældende direktiv. Selv om grundidéen også ville være praktisk anvendelig uden for de pågældende sektorer, er det dog fortsat afgørende, at en sådan løsning ikke blev valgt med hensyn til det direktiv, der finder anvendelse i denne sag.

90. For det andet overses det, når man taler til fordel for at overføre 80%-kriteriet, at artikel 13 i direktiv 93/38 kun gælder for tjenesteydelser. Da det er en undtagelsesbestemmelse, er selv en analog anvendelse på leveringer inden for sektorerne udelukket. Først med vedtagelsen af lovgivningspakken skete der en udvidelse i så henseende for så vidt angår leveringer [38].

91. For det tredje har fællesskabslovgiver endog i tilknytning til moderniseringen af direktiverne i den såkaldte lovgivningspakke kun bibeholdt 80%-kriteriet for de forskellige sektorer og har afstået fra at overføre det til det såkaldt klassiske direktiv. På det tidspunkt, hvor moderniseringen fandt sted, var

36 — Forslaget nævnt i fodnote 34, punkt 81.

37 — Forslaget nævnt i fodnote 34, punkt 83.

38 — Artikel 23 i direktiv 2004/17, direktivet er nævnt i fodnote 9.

det andet Teckal-kriterium allerede kendt og også genstand for diskussioner i løbet af lovgivningsproceduren.

92. Mod at inddrage artikel 13 i direktiv 93/38 taler også, for det fjerde, endnu en grund. Artiklens stk. 2 forpligter nemlig ordregiverne til på Kommissionens forlangende at meddele visse oplysninger. Denne bestemmelse virker som et procedureretligt modstykke til den i artikel 13 fastsatte undtagelse. Med Teckal-undtagelsen gik Domstolen dog en anden vej.

93. For det femte ville alene den omstændighed, at Domstolen ikke definerede den anden Teckal-undtagelse med henvisning til direktiv 93/38, som Domstolen med sikkerhed var bekendt med, i sig selv tale imod muligheden for at overføre dette kriterium. Domstolen nøjedes tværtimod med to betingelser af materiel karakter, som fraviger artikel 13, nemlig de to Teckal-kriterier. De pågældende betingelser må imidlertid netop som følge af manglen på en sammenlignelig, procedureretlig regulering som i artikel 13 fortolkes strengt.

94. Alt i alt må man derfor holde fast ved den opfattelse, at tærsklen på 80%, der hidrører fra direktiv 93/38, ikke udgør nogen målestok for bedømmelsen af aktiviteternes væsentlighed [39].

B — *Videreudvikling af tesen i lyset af den nyere retspraksis*

95. Som forudsætning for anvendelsen af en undtagelse skal væsentlighedskriteriet fortolkes strengt. Det har Domstolen for så vidt bekræftet, som den i præmis 63 i Parking Brixen-dommen har udtalt:

»For så vidt som der er tale om en undtagelse til de almindelige fællesskabsretlige regler, skal de to betingelser, som er opstillet i den foregående præmis, fortolkes [strengt], og

39 — Se med hensyn til den relevante litteratur, der i mellemtiden er blevet udtryk for den fremherskende opfattelse: Meinhard Dreher, »Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-House-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater«, NZBau 2002, s. 245 (253); Wolfram Krohn, »»Aus« für In-House-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen«, NZBau 2005, s. 92 (95); Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, s. 97 (105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, »Die Voraussetzungen vergabefreier In-House-Geschäfte«, NJW 2005, s. 2264 (2265 f.); Wolfgang Jaeger, »Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht«, i: Büdenbender/Kühne/Baur (Hrsg.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, s. 455 (464); Christoph Riese/Andreas van den Eikel, »Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?«, *Vergaberecht* 2005, s. 590 (601); Kurt Weltzien, »Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector«, *Public Procurement Law Review* 2005, s. 237 (249), der med rette henviser til, at direktiv 93/38 også gælder for private virksomheder; Jan Ziekow/Thorsten Siegel, »Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand«, *Vergaberecht* 2005, s. 145 (148), der betvivler 80%-kriteriets forenelighed med fællesskabsretten.

bevisbyrden påhviler den part, der påberåber sig ekstraordinære omstændigheder, der berettiger en undtagelse fra de allerede eksisterende regler.«

96. Der skal også tages hensyn til disse betragtninger i nærværende sag.

97. Jeg forsvarer endvidere — sådan som det allerede fremgik af mit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen — den opfattelse, hvorefter »aktiviteternes væsentlighed« ikke kun skal bedømmes på basis af kvantitative kriterier, men også på basis af kvalitative [40] omstændigheder [41].

98. Med henblik på de *kvalitative* omstændigheder måtte det undersøges, hvordan og til hvem den kontrollerede virksomhed leverer sine ydelser. Det gør i den forbindelse en forskel, om der overhovedet findes et marked for virksomhedens aktiviteter, og om den på det pågældende marked falbyder en del af de leverede ydelser over for andre end den kontrollerende myndighed [42].

99. Det må imidlertid ikke forstås på den måde, at de af den berørte virksomhed leverede ydelser også skal efterspørges af andre end offentlige myndigheder. For selv når der kun findes *efterspørgsel* fra det offentlige efter en vare eller en tjenesteydelse, betyder det dog ikke, at der ikke findes et marked. Der kan nemlig også findes andre *bydende*. På den vis afhænger bedømmelsen af de kvalitative omstændigheder altså ikke blot af forholdet mellem den virksomhed, der afgiver bud til den kontrollerende myndighed, men også — ganske i overensstemmelse med udbudsrettens konkurrencemæssige målsætning — af dens økonomiske stilling på markedet. Dermed ville man nærme sig de tilfælde, hvor det efter udbudsdirektiverne er lovligt at anvende en udbudsprocedure med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, nemlig når der kun er én økonomisk aktør, der kan opfylde kontrakten [43].

40 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i Parking Brixen-sagen, punkt 83, der i så henseende følger mit forslag til afgørelse.

41 — Af samme mening: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht* 2005, s. 103 ff.; Holger Schröder, »In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?«, NZBau 2005, s. 127 ff.; Kurt Weltzien, »Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector«, *Public Procurement Law Review* 2005, s. 237, navnlig s. 248.

42 — Der henvises i den henseende til den juridiske definition i artikel 1, stk. 8, første afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), såvel som i artikel 1, stk. 7, første afsnit, i direktiv 2004/17.
I det direktiv, som finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, mangler der en definition, som udtrykkeligt henviser til markedet.

43 — Se nu artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18 og artikel 40, stk. 3, litra c), i direktiv 2004/17.

100. Det er endvidere principielt nødvendigt at afklare, om det i denne forbindelse kun kommer an på den faktiske aktivitet, eller om også virksomhedens formål, f.eks. selskabsformålet ifølge vedtægterne, skal tages i betragtning, altså alle aktiviteter, som virksomheden overhovedet måtte udøve. Selv om det heller ikke inden for udbudsretten er ukendt at tage hensyn til en virksomheds formål, ville en sådan tilgang dog gøre bedømmelsen af væsentligheden endnu vanskeligere, fordi der ikke ville kunne gives nogen pålidelige aktuelle oplysninger om potentielle — ikke sikre, fremtidige — aktiviteter.

101. Det er desuden tvivlsomt, om man kun skal tage hensyn til visse eller alle en virksomheds aktiviteter. Man kunne f.eks. også forstå væsentlighedskriteriet på den måde, at man kun skulle tage den slags ydelser i betragtning, som også blev leveret til den kontrollerende myndighed, dvs. f.eks. levering af energi, hvorved andre leverancer leveret af virksomheden, f.eks. affaldsbortskaffelse, skulle holdes uden for vurderingen, og kun den områdespecifikke relative andel skulle være afgørende.

102. Efter min mening taler allerede den omstændighed, at det drejer sig om en undtagelse fra direktivets ordning, imod en sådan fortolkning af det andet Teckal-kriterium. For det kunne i de tilfælde føre til en udvidelse af de fremgangsmåder, der er omfattet af undtagelsen, hvor væsentlighedskriteriet ganske vist bliver opfyldt med hensyn til visse aktiviteter, men derimod ikke med hensyn til alle virksomhedens aktiviteter.

103. Som formuleringen i Teckal-dommen og også de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for sagen, gør det nærliggende at antage, kan væsentlighedskriteriet ikke kun opfyldes derved, at ydelserne i forhold til én medejer overstiger væsentlighedstærsklen, men også ved, at alle de leverede ydelser til medejerne skal medregnes, og dette resultat skal sættes i forhold til den samlede aktivitet.

104. I præmis 50 i Teckal-dommen har Domstolen med hensyn til det andet kriterium også anvendt flertalsformen og anført følgende:

»[...] Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågæl-

dende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale *myndigheder*, den ejes af«[44].

105. Tager man denne formulering alvorligt, kommer det altså ikke kun an på de ydelser, der er leveret til den kontrollerende myndighed, dvs. kommunen. Man skal tværtimod tage ydelserne til andre medejere i betragtning.

106. Med hensyn til de *kvantitative* omstændigheder kan det ikke kun komme an på omsætningen. Man må vel også tage andre erhvervsøkonomiske kendetegn i betragtning. Således kan man, som det er anført i det andet præjudicielle spørgsmål, principielt også tage den andel af indtægterne, der hidrører fra aktiviteter for medejerne set i forhold til de samlede indtægter, i betragtning. Ganske vist kan man også med hensyn til andelen af de samlede indtægter kun anvende det princip, der gælder for andelen af den samlede omsætning, dvs. at en simpel overvægt i forhold til de andre indtægter ikke er nok. Begge vedrører — vel at mærke — kun det kvantitative aspekt.

44 — Min fremhævelse.

107. Endelig har Domstolen med hensyn til væsentlighedskriteriet ikke præciseret, på hvilket tidspunkt denne forudsætning skal foreligge, eller hvilket tidsrum der er afgørende for bedømmelsen.

108. Hvis man følger ordningen i udbudsdirektiverne, ville det være det tidspunkt, hvor den ordregivende handler, dvs. in casu tildeler kontrakten. Det fører imidlertid til at tænke på et øjebliksbillede, hvor man netop ikke — som med hensyn til artikel 13 i direktiv 93/38 — ser på et længere tidsrum.

109. Da AGESP ikke kun leverer ydelser direkte til kommunen, men også med hensyn til mange ydelser leverer dem direkte til andre i kommunen, og endog til virksomheder såvel som til private husholdninger, rejser der sig endvidere det spørgsmål, om og under hvilke forudsætninger også ydelser, der ikke leveres direkte til kommunen, skal anses for ydelser til kommunen, dvs. til den kontrollerende myndighed i det andet Teckal-kriteriums forstand.

110. På dette punkt bliver endnu en gang den manglende præcision i det andet Teckal-kriterium og den dermed forbundne mangel på retlig klarhed for de berørte foretagender

tydelig. For retssikkerhedens skyld burde der derfor ske en præcisering.

111. I denne sammenhæng er der nemlig blevet rejst det spørgsmål, om det kommer an på, på hvilket område ydelserne leveres. Ville man følge denne opfattelse, ville for så vidt angår hovedsagen kun ydelser inden for kommunen være omfattet. En tilstrækkelig territorial henvisning giver i det mindste et egnet kriterium for tilregnelsen. Det hænger sammen med, at en sådan henvisning også spiller en væsentlig rolle med hensyn til fastlæggelsen af offentlige myndigheders beføjelser, og især kommunale enheders. Et synspunkt, hvorefter kun ydelser til personer med bopæl i kommunen ville kunne medregnes, ville i hvert fald være for snævert. Omvendt kunne man dog også medregne sådanne ydelser, som ganske vist blev leveret uden for kommunen, men alligevel kom personer i kommunen til gode, f.eks. fordi kommunen af omkostningsmæssige årsager ikke selv tilbyder den pågældende ydelse, men denne ydelse bliver tilbudt af et foretagende, hvori flere kommuner og/eller flere regioner deltager.

112. Det må yderligere understreges, at det ikke er relevant for spørgsmålet om tilregnelse, hvem der er adressat for regningen for ydelsen, eller fra hvem vederlaget for ydelsen kommer. Således er det netop typisk for almindelige offentlige tjenester, der varetages på basis af koncessioner, at i det mindste en del af betalingen stammer fra brugerne af virksomheden. Her kan man især tænke på de koncessioner, der er omfattet af direktiverne for så vidt angår anlæg af betalingsmotorveje. For den kommunale praksis er især transportydelser, energileverancer, affaldsbortskaffelse såvel som byggeri og eventuelt også drift af uddannelses- eller fritidsinstitutioner eller parkeringspladser af stor betydning. I sådanne tilfælde måtte det først og fremmest undersøges, om det ikke drejer sig om tjenesteydelseskoncessioner, for hvilke udbudsdirektiverne allerede af samme grund ikke finder anvendelse.

113. Domstolen burde klargøre det andet Teckal-kriterium ved at fastlægge de betingelser, under hvilke også ydelser til tredjemand er omfattet. Først og fremmest kommer her karakteren af forbindelsen mellem tredjemand og den kontrollerende myndighed, in casu altså kommunen, i betragtning. At tilregne kommunen ydelsen er især nærliggende i de tilfælde, hvor kommunen er forpligtet til en ydelse i forhold til tredjemand. Det behøver ikke nødvendigvis i så henseende at dreje sig om en offentligretlig forsørgelsespligt, som f.eks. måtte følge af regionale forskrifter. Man kunne også forestille sig inddragelse af privatretlige forpligtelser, som f.eks. kunne være en følge af en kontrakt mellem en privat person og kommunen. Om også kontraktlige forbin-

delser mellem tredjeparter og den virksomhed, der leverer ydelsen, spiller en rolle, måtte også gøres klart. Det måtte også i så henseende komme an på, om der foruden den faktiske levering af ydelser også bestod et retligt forhold mellem kommunen og den virksomhed, der leverer ydelsen.

115. Alt i alt må det derfor fastholdes, at det ikke alene kommer an på tredjeparters efterspørgsel, men også på indholdet af virksomheden.

C — *Foreløbig konklusion*

114. Man må i hvert fald afvise den opfattelse, hvorefter enhver ydelse til befolkningen i den pågældende kommune, her altså Busto Arsizio kommune, skal medregnes. Dermed ville nemlig alle andre ydelser til private være omfattet, uden at der bestod et forhold til kommunen. Den slags erhvervsvirksomhed ville nemlig ikke være relevant. Skulle en virksomhed f.eks. ikke kun levere energi eller bortskaffe affald, men også sælge visse produkter som varmeapparater eller affaldsbeholdere, ville denne omsætning være omfattet, selv om det drejer sig om produkter, som de enkelte forbrugere også får fra andre leverandører. En fortolkning, der alene knytter sig til tredjeparters efterspørgsel, ville medføre, at enhver ydelse til forbrugerne ville være omfattet, blot fordi de havde deres bopæl i kommunen.

116. Kriteriet, hvorefter den kontrollerede virksomhed i det væsentlige skal udøve sin aktivitet sammen med den eller de myndigheder, som er medejere af den, kan også være opfyldt for så vidt angår blandede offentlige virksomheder og i tilfælde af indirekte medejerskab. I denne henseende skal også visse ydelser leveret til tredjeparter tilregnes den kontrollerende myndighed.

117. I nærværende sag skal den nationale dommer derved tage hensyn til en række omstændigheder, hvorved også de indtægter, der hidrører fra aktiviteter for medejerne, skal medregnes, men dog ikke 80%-kriteriet i artikel 13 i direktiv 93/38.

VIII — Forslag til afgørelse

118. På baggrund af alt det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål som følger:

»Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb skal fortolkes således, at der kun i de tilfælde, hvor følgende betingelser er opfyldt, ikke er noget til hinder for at tildele en kontrakt ved brug af en procedure som den, der har været anvendt i hovedsagen:

For det første udøver kommunen en kontrol over den anden virksomhed som i forhold til sine egne tjenestegrene. Den nationale dommer skal i den forbindelse undersøge:

— medejernes interesser

— ændringen af »azienda municipalizzata« til et aktieselskab

— det forhold, at der ikke var forudset nogen pligt til at åbne selskabet for fremmedkapital, og at en sådan åbning heller ikke var sket

— AGESP's mulighed for tilmed at etablere sig i udlandet

— omfanget af muligheden for at øve indflydelse på udnævnelse af bestyrelse og direktion

— AGESP's bestyrelses beføjelser

— den omstændighed, at kommunen var indirekte involveret i AGESP via AGESP Holding SpA.

For det andet har virksomheden tillige i det væsentlige udøvet sin aktivitet for den kommunale myndighed eller de kommunale myndigheder, som var indehaver(e) af dens aktier. Den nationale dommer skal i den forbindelse tage de omstændigheder, der er beskrevet i punkt 76 og 115, i betragtning, hvorefter også de indtægter, der hidrører fra aktiviteter for medejerne, skal medregnes, men dog ikke 80%-kriteriet i artikel 13 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.«