DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

14. april 1994 *

I sag C-389/92,

angående en anmodning, som Belgiens Raad van State i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Ballast Nedam Groep NV

mod

Belgische Staat,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 71/304/EØF af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer og filialer (EFT 1971 II, s. 610) og af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1991 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613, o.a.: begge direktiver er berigtiget i EFT 1952-1972, Supplement til Specialudgaven s. 39-46),

har

* Processprog: nederlandsk.

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. C. Moitinho de Almeida, og dommerne R. Joliet, G. C. Rodríguez Iglesias, F. Grévisse (refererende dommer) og M. Zuleeg,

generaladvokat: C. Gulmann
justitssekretær: ekspeditionssekretær D. Louterman-Hubeau,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— sagsøgeren i hovedsagen, Ballast Nedam Groep NV, ved advokat Marc Senelle, Bruxelles,

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hendrik van Lier, som befuldmægtiget

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 13. januar 1994,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 24. februar 1994,

afsagt følgende

Dom

1 Ved dom af 29. september 1992, indgået til Domstolen den 6. november 1992, har Belgiens Raad van State i medfør af EØF-traktatens artikel 177 stillet et præ-

judicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 71/304/EØF af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer og filialer (EFT 1971 II, s. 610) og af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613).

2 Spørgsmålet er blevet rejst under en sag, som af et nederlandsk selskab, Ballast Nedam Groep (herefter benævnt »BNG«), føres mod den belgiske stat i anledning af, at BNG's godkendelse ikke er blevet fornyet.

3 Som led i en gennemgang af godkendte entreprenørers forhold — jf. artikel 15 i kongelig anordning af 9. august 1982 om gennemførelsesforanstaltninger til lovanordning af 3. februar 1947 om regler for godkendelse af entreprenører — traf Ministeriet for Offentlige Arbejder i 1987 beslutning om at undlade at forny BNG's godkendelse. Beslutningen, som blev truffet på grundlag af en negativ udtalelse fra Nævnet for Godkendelse af Entreprenører, blev begrundet med, at BNG ikke kunne betragtes som entreprenør, da selskabet som et holdingselskab ikke selv udfører entreprenørarbejder, men til godtgørelse af sine kvalifikationer havde henvist til arbejder udført af sine datterselskaber, der alle er selvstændige juridiske personer.

4 BNG indbragte sagen for Raad van State med påstand om annullation af såvel Godkendelsesnævnets udtalelse som beslutningen fra Ministeriet for Offentlige Arbejder.

5 Raad van State fandt, at sagens afgørelse måtte bero på fortolkningen af EF-direktiverne om offentlige bygge- og anlægsarbejder, og retten har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Tillader direktiv 71/304/EØF af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer eller filialer samt Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om sam-

ordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, navnlig artikel 1, 6, 21, 23 og 26, at der ved anvendelsen af de belgiske bestemmelser om godkendelse af entreprenører med hensyn til den dominerende juridiske person i en nederlandsk 'koncern' ved bedømmelsen af de kriterier, som entreprenøren skal opfylde, blandt andet vedrørende tekniske kvalifikationer, alene tages hensyn til denne juridiske person som juridisk enhed og ikke til de 'koncernselskaber', som hver især som selvstændige juridiske personer hører til 'koncernen'?«

6 Direktiverne 71/304 og 71/305 har til formål at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området for offentlige bygge- og anlægskontrakter. Det første af direktiverne pålægger medlemsstaterne en almindelig forpligtelse til at afskaffe begrænsninger vedrørende adgang til, deltagelse i og udførelse af bygge- og anlægsarbejder, mens det andet vedrører samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (jf. dom af 10.2.1982, sag 76/81, Transporoute, Sml. s. 417, præmis 7).

7 Som et led i denne samordning opregnes der i afsnit IV i direktiv 71/305 en række fælles regler for entreprenørers deltagelse i offentlige bygge-og anlægskontrakter. Herunder kan nævnes bestemmelserne i artikel 21, hvorefter entreprenørkonsortier har ret til at give bud, og i artikel 28, hvori der med hensyn til opstilling af officielle lister over anerkendte entreprenører henvises til de kvalitative udvælgelseskriterier i artikel 23-26. De sidstnævnte artikler angiver tillige, hvorledes virksomhederne kan godtgøre, at de opfylder de opregnede kriterier (jf. præmis 8 i Transporoute-dommen).

8 Sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at direktiverne — for så vidt angår bedømmelsen af de kriterier, en entreprenør skal opfylde, i forbindelse med behandlingen af en godkendelsesansøgning indgivet af den dominerende juridiske person i en nederlandsk koncern — tillader, at der tages hensyn til selskaber, som hører til koncernen, men som er selvstændige juridiske personer.

9 Med henblik på besvarelsen af det spørgsmål, den forelæggende ret har stillet, må det undersøges, om et holdingselskab kan udelukkes fra at deltage i procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter med den begrundelse, at det ikke selv udfører bygge- og anlægsarbejder, og — i benægtende fald — hvorledes selskabet kan godtgøre at have de fornødne kvalifikationer til at deltage.

10 Det fremgår af selve ordlyden af direktiv 71/304, at tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter kan ske til personer eller selskaber, som udfører arbejderne gennem agenturer og filialer.

11 I artikel 21 i direktiv 71/305, som indgår blandt direktivets fælles regler for deltagelse, bestemmes det udtrykkeligt, at entreprenørkonsortier har ret til at give bud, og at den ordregivende myndighed ikke kan forlange, at de, før de har fået tildelt kontrakten, skal antage en bestemt retlig form. I samme direktivs artikel 16, litra k), som findes blandt de fælles regler om offentliggørelse, bestemmes det kun, at bekendtgørelsen i forbindelse med offentligt udbud skal indeholde en angivelse af den bestemte retlige form, hvorunder eventuelt det konsortium skal fremtræde, som vil få tildelt kontrakten.

12 Endelig har de kvalitative udvælgelseskriterier, som er fastsat i artikel 23-26 i direktiv 71/305, og som der henvises til i samme direktivs artikel 28 om officielle lister over anerkendte entreprenører, kun til formål at fastlægge regler for en objektiv bedømmelse af entreprenørernes kvalifikationer, særlig på det tekniske område. I en af bestemmelserne, artikel 26, stk. 1, litra e), hedder det udtrykkeligt, at entreprenøren kan godtgøre sin tekniske kapacitet ved fremlæggelse af en erklæring, som oplyser, hvilke teknikere eller tekniske institutioner, uanset om disse hører til virksomheden selv eller ej, entreprenøren kan disponere over ved arbejdets udførelse.

13 Som Kommissionen med rette har anført, fremgår det i det hele af disse bestemmelser, at det ikke alene er en fysisk eller juridisk person, som selv udfører bygge- og anlægsarbejder, der kan deltage i procedurer for tildeling af offentlige

bygge- og anlægsarbejder, men at dette også må gælde for en person, som lader arbejderne udføre gennem agenturer eller filialer, eller som disponerer over teknikere eller tekniske institutioner uden for virksomheden, eller for et entreprenørkonsortium, uanset dets retlige organisationsform.

14 Endvidere bemærkes, at det i Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF (EFT L 210, s. 1) — bl.a. med det formål at præcisere begrebet offentlige bygge- og anlægskontrakter — udtrykkeligt anføres i artikel 1, at genstanden for en sådan kontrakt er enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder eller et bygge- og anlægsarbejde »eller at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov«. Denne definition bekræfter, at en person, der ikke selv har til hensigt eller ikke selv har den fornødne kapacitet til at udføre arbejderne, kan deltage i en procedure for indgåelse af bygge- og anlægskontrakter.

15 Et holdingselskab, som ikke selv udfører bygge-eller anlægsarbejder, kan således ikke udelukkes fra at deltage i procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder med den begrundelse, at de datterselskaber, som udfører arbejderne, er selvstændige juridiske personer.

16 De ordregivende myndigheder må imidlertid — som det nærmere bestemmes i artikel 20 i direktiv 71/305 — have ret til at efterprøve entreprenørernes kvalifikationer efter de kriterier for disses økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet, som er fastlagt i samme direktivs artikel 25-28.

17 I denne sammenhæng skal et selskab, som til påvisning af sin tekniske, finansielle og økonomiske kapacitet med henblik på optagelse på en officiel liste over anerkendte virksomheder henviser til sine datterselskaber, godtgøre, at det — uanset på hvilken måde datterselskaberne juridisk er knyttet til selskabet — reelt disponerer over de kvalifikationer, som datterselskaberne besidder, og som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne. Det må ud fra de faktiske og retlige omstændigheder, der er forelagt den nationale retsinstans, tilkomme denne at bedømme, om dette er godtgjort i den konkrete sag for retten.

18 Det præjudicielle spørgsmål, der er stillet, må herefter besvares med, at Rådets direktiv 71/304/EØF af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge-og anlægskontrakter gennem agenturer og filialer samt Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at de tillader, at der ved bedømmelsen af de kriterier, en entreprenør skal opfylde, i forbindelse med behandlingen af en godkendelsesansøgning indgivet af den dominerende juridiske person i en koncern tages hensyn til de selskaber, der hører til koncernen, når den juridiske person godtgør, at den reelt disponerer over de kvalifikationer, som selskaberne besidder, og som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne. Det tilkommer den nationale retsinstans at bedømme, om dette er godtgjort i den konkrete sag for retten.

Sagens omkostninger

19 De udgifter, der er afholdt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Belgiens Raad van State ved dom af 29. september 1992, for ret:

Rådets direktiv 71/304/EØF af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer og filialer samt Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om

samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at de tillader, at der ved bedømmelsen af de kriterier, en entreprenør skal opfylde, i forbindelse med behandlingen af en godkendelsesansøgning indgivet af den dominerende juridiske person i en koncern tages hensyn til de selskaber, der hører til koncernen, når den juridiske person godtgør, at den reelt disponerer over de kvalifikationer, som selskaberne besidder, og som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne. Det tilkommer den nationale retsinstans at bedømme, om dette er godtgjort i den konkrete sag for retten.

Moitinho de Almeida Joliet Rodríguez Iglesias

Grévisse Zuleeg

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. april 1994.

R. Grass
Justitssekretær

J. C. Moitinho de Almeida
Formand for Femte Afdeling