FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 23. september 1999 *

1. Nærværende præjudicielle anmodning drejer sig om retten for et selskab, der deltager i en udbudsprocedure i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [1], til i egen interesse at påberåbe sig den tekniske og økonomiske formåen hos et andet selskab, som det er et datterselskab af.

I — Fællesskabsrettens bestemmelser

2. Efter artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 anvender de ordregivende myndigheder ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler fremgangsmåder, som er tilpasset efter direktivets bestemmelser.

3. Artikel 26 i direktiv 92/50 indeholder følgende bestemmelser:

»1. Der kan afgives bud af sammenslutninger af tjenesteydere. Det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget hertil, når den har fået tildelt ordren.

2. Ansøgere eller bydende, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at udføre den pågældende tjenesteydelse, kan ikke afvises alene med den begrundelse, at det i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor ordren tildeles, kunne kræves, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person.

3. Af juridiske personer kan det imidlertid forlanges, at de i buddet eller anmodningen om deltagelse opgiver navn og relevante faglige kvalifikationer for de personer, der skal udføre den pågældende tjenesteydelse.«

4. I artikel 31 i direktiv 92/50 hedder det:

»1. Bevis for tjenesteyderens finansielle og økonomiske formåen kan normalt

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 209, s. 1.

føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

a) relevante erklæringer fra bank eller bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring

b) fremlæggelse af virksomhedens balance eller uddrag heraf, såfremt offentliggørelse af balancen er foreskrevet i selskabslovgivningen i det land, hvor tjenesteyderen er etableret

c) en erklæring om virksomhedens samlede omsætning og dens omsætning i forbindelse med sådanne tjenesteydelser, som aftalen vedrører, de sidste tre regnskabsår

2. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilken eller hvilke af de i stk. 1 nævnte former for dokumentation de har valgt, samt hvilken anden dokumentation der skal fremlægges.

3. Såfremt tjenesteyderen af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.«

5. Artikel 32 i direktiv 92/50 indeholder følgende bestemmelser:

»1. Tjenesteydernes evne til at udføre tjenesteydelserne kan vurderes på grundlag af navnlig deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed.

2. Tjenesteyderens tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder afhængig af arten, mængden og anvendelsen af de tjenesteydelser, der skal præsteres:

a) oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlig for præstationen af tjenesteydelserne

b) forelæggelse af en liste over de betydeligste tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse

af beløb og tidspunkter samt de offentlige eller private modtagere af de leverede tjenesteydelser:

— hvis det drejer sig om ordregivende myndigheder, skal godtgørelsen ske i form af attester, der er udstedt eller påtegnet af den kompetente myndighed

— hvis det drejer sig om private købere, skal udførelsen attesteres af køberen eller, hvis dette er ikke er muligt, af tjenesteyderen erklæres at have fundet sted

c) oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, uanset om de hører til tjenesteyderens virksomhed, navnlig om dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrol

d) en erklæring om virksomhedens årlige gennemsnitlige antal beskæftigede og antallet af ledere gennem de sidste tre år

e) en erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tjenesteyderen disponerer over til udførelse af tjenesteydelserne

f) en beskrivelse af de foranstaltninger, tjenesteyderen har truffet til sikring af kvaliteten, og af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter

g) hvis de tjenesteydelser, der skal udføres, er komplekse eller undtagelsesvis skal tjene et særligt formål, en kontrol gennemført af den ordregivende myndighed eller på dennes vegne af et kompetent officielt organ i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, under forudsætning af dette organs indvilligelse heri; denne kontrol vedrører tjenesteyderens tekniske formåen og om nødvendigt hans undersøgelses- og forskningsfaciliteter og de foranstaltninger, der er truffet til kontrol af kvaliteten

h) oplysning om, hvor stor en del af kontrakten tjenesteyderen eventuelt agter at give i underentreprise.

3. Den ordregivende myndighed skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilke af disse

former for dokumentation den ønsker at få forelagt.

4. De i artikel 31 og i stk. 1, 2 og 3 i nærværende artikel omhandlede oplysninger kan kun kræves, i det omfang de vedrører ordrens genstand, og de ordregivende myndigheder skal tage hensyn til tjenesteyderens legitime interesser med hensyn til beskyttelse af tekniske hemmeligheder eller forretningshemmeligheder.«

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger i hovedsagen

6. Med henblik på afslutning af en kontrakt af tre års varighed på driften af rensningsanlægget »Is Arenas« og opsamlingsstederne i »Is Arenas«, »San Bartolomeo« og »Borgo Sant'Elia«, foranstaltede Cagliari kommune en udbudsprocedure, hvis udbudsbekendtgørelse blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 3. januar 1997. Interesserede virksomheder skulle for at kunne deltage i proceduren bl.a. fremlægge dokumentation for en gennemsnitlig årsomsætning på mindst 5 mia. ITL på drift af rensningsanlæg for husstandsspildevand og kloakrensning og for faktisk i mindst to år i træk inden for de sidste tre år at have drevet et rensningsanlæg for husstandsspildevand.

7. Selskaberne Holst Italia SpA (herefter »Holst Italia«) og Ruhrwasser AG International Water Management SpA (herefter »Ruhrwasser«) fik adgang til at deltage i proceduren. Kontrakten blev tildelt Ruhrwasser, der havde givet det for den ordregivende myndighed fordelagtigste bud, ved en afgørelse, som udbudskommissionen traf den 13. juni 1997, og som kommunalbestyrelsen godkendte ved afgørelse af 17. august 1997.

8. Ruhrwasser er et tysk aktieselskab, der ejes af et konsortium bestående af seks tyske selskaber med en sjettedel til hvert selskab. Selskabets formål er at sætte moderselskaberne i stand til at indgå kontrakter om vandforsyning og rensning af spildevand, navnlig i udlandet. Et af de i konsortiet deltagende selskaber, RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (herefter »RWG«), har som eneste aktionær Ruhrverband, der er en tysk offentlig sammenslutning, der på tysk område varetager offentlig tjenesteydelsesvirksomhed i spildevandssektoren. Det er ubestridt, at denne sammenslutning kan fremvise en økonomisk og teknisk formåen, som ville have sat den i stand til at deltage i den af Cagliari kommune foranstaltede procedure.

9. Det er endvidere ubestridt, at Ruhrwasser ikke selv direkte råder over den tekniske og økonomiske formåen, der var en forudsætning for at deltage i proceduren, idet Ruhrwasser var et nystiftet selskab, der først var blevet optaget i firmaregisteret den 9. juli 1996. Selskabet havde derfor henvist til den tekniske og økonomiske formåen hos Ruhrverband, som gennem sit datterselskab RWG deltog i det »joint venture«, der havde ført til stiftelsen af Ruhrwasser. Den ordregivende myndighed

anerkendte gyldigheden af disse indirekte referencer.

10. Holst Italia har anlagt sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italien) med påstand om annullation af afgørelsen om at tildele konkurrenten kontrakten. Selskabet har herved og navnlig anført, at den anfægtede afgørelse udgør en tilsidesættelse af bestemmelsen i udbudsbekendtgørelsen om, at kun den tekniske og finansielle formåen hos de selskaber, der ønskede at afslutte kontrakt kunne komme i betragtning ved afgørelsen af, om de besad de for deltagelse nødvendige kvalifikationer. Ruhrwasser har på sin side interveneret i sagen, og har nedlagt selvstændig påstand om, at det fastslås, at udbudsbekendtgørelsen var ulovlig i det omfang, det deri var forbudt en bydende virksomhed med enhver form for hensigtsmæssig dokumentation at påberåbe sig en teknisk og økonomisk formåen, som virksomheden ikke selv direkte besidder, men som den dog kan få rådighed over.

III — Det præjudicielle spørgsmål

11. Den nationale ret nåede til det resultat, at den for at kunne træffe afgørelse på dette punkt måtte afgøre, om en person, der ønsker at deltage i en udbudsprocedure efter direktiv 92/50 kan henvise til den tekniske og økonomiske formåen hos et andet retssubjekt, som den er knyttet til, og udsatte derfor sagen på Domstolens afgørelse af følgende spørgsmål:

»Har et selskab efter Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler mulighed for at godtgøre, at det opfylder de tekniske og økonomiske betingelser for at få adgang til en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale ved at henvise til de tekniske og økonomiske kvalifikationer hos et andet retssubjekt, der fuldt ud ejer et af de selskaber, som er medejere af det førstnævnte selskab?«

IV — Besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål

12. Den forelæggende ret har nærmere bestemt spurgt, om en virksomhed, der giver bud for at få tildelt en offentlig tjenesteydelsesaftale, selv skal opfylde de tekniske og finansielle krav, som den ordregivende myndighed har stillet, eller om den retmæssigt kan hævde at have opfyldt disse betingelser ved hjælp af en anden virksomhed, som den delvis eller indirekte tilhører.

13. For at besvare det præjudicielle spørgsmål må jeg se nærmere på detaljerne i fællesskabsrettens bestemmelser, således som de fremgår af direktiv 92/50 og med

den uddybning, de har fået i Domstolens praksis.

Formålet med direktiv 92/50 og de anvendelige direktivbestemmelser

14. Der er to hovedformål med direktiv 92/50, nemlig dels den frie bevægelighed for tjenesteydelser [2] og en fri, effektiv konkurrence i tjenesteydelsessektoren [3]. De erhvervsdrivende skal kunne bevæge sig og præstere tjenesteydelser uden restriktioner, der skyldes deres nationale tilhørsforhold eller deres bopæl, og således ved en mangedobling og konfrontering af tjenesteydelsestilbud bidrage til en forbedring af de tilbudte ydelser og de økonomiske vilkår for deres iværksættelse på Fællesskabets område.

15. For at gøre det muligt at oprette et indre marked, der indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for tjenesteydelser [4], er der i direktiv 92/50 fastsat regler, der skal fjerne hindringer for denne frie bevægelighed [5].

16. Artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 indeholder følgende bestemmelse: »Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.« Det må afgøres, om afvisningen af en bydende med den begrundelse, at han ikke selv opfylder de betingelser vedrørende teknisk og finansiel formåen, som ordregiveren har opstillet, udgør en sådan forskelsbehandling.

17. I direktiv 92/50 angives forskellige kriterier for, om en adfærd kan anses for diskriminerende. Det hedder således deri, at »... tjenesteyderne kan ... være såvel fysiske personer som juridiske personer« [6], hvilket vil sige, at virksomhedernes retlige form ikke må udgøre en hindring for deres frie adgang til at deltage. Dette forhold går igen i artikel 26, stk. 2, der indeholder et forbud mod at afvise et bud alene med den begrundelse, at det er indgivet af en fysisk person eller en juridisk person.

18. Heraf følger, at et krav forud for tildeling af kontrakt om en bestemt retlig struktur kan blive anset for en ugrundet restriktion for de erhvervsdrivendes adgang til at deltage på lige vilkår.

19. Artikel 26, stk. 1, i direktiv 92/50 bekræfter dette forhold for så vidt angår

2 — Sjette betragtning.
3 — Tyvende betragtning.
4 — Anden betragtning.
5 — Sjette betragtning.
6 — Sammesteds.

tilfælde, hvor flere virksomheder i fællesskab ønsker at afgive bud. I henhold til denne bestemmelse kan sammenslutninger af tjenesteydere udtrykkeligt deltage i proceduren, og den ordregivende myndighed må ikke stille krav om, »at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form«.

20. Af disse forskellige bestemmelser fremgår det klart, at fællesskabslovgiver lægger mindre vægt på tjenesteydernes retlige iklædning end på deres evne til at løse de opgaver, de får ved tildeling af offentlige kontrakter, og til at skaffe sig de ressourcer, der er nødvendige for aftalens opfyldelse uafhængigt af deres egen retlige form. Fjernelsen af hindringer med tilknytning til de erhvervsdrivendes retlige form er et middel til at øge antallet af bud, og navnlig bud fra virksomheder i andre medlemsstater i Fællesskabet end den medlemsstat, hvor udbudsproceduren gennemføres, uden at svække de materielle krav vedrørende en korrekt opfyldelse af tjenesteydelsesaftalerne.

21. Ved fortolkningen af direktiv 92/50 må man altså mere anlægge funktionelle end formelle synspunkter. Visse forpligtelser, der opstilles i direktiv 92/50 er således, selv om de synes at bero på en vis formalisme, netop bestemt til at fremme en korrekt opfyldelse af aftalerne, således at de risici, som de ordregivende myndigheder er udsat for, begrænses.

22. Et klart eksempel på krav af denne art finder vi i artikel 26, stk. 3, hvorefter den ordregivende myndighed af juridiske personer kan forlange, »at de ... opgiver navn og relevante faglige kvalifikationer for de personer, der skal udføre den pågældende tjenesteydelse«. Selv om det ikke kan forbydes, at en juridisk person tildeles en kontrakt alene under henvisning til dens retlige form, må den ordregivende myndighed dog heller ikke forholdes de oplysninger, på grundlag af hvilke den kan afgøre, om tjenesteyderen magter at stå ved sit bud på de fastsatte vilkår.

23. Fællesskabslovgiver har derfor lagt vægt på, at den fuldstændige, frie bevægelighed ikke bringer en korrekt opfyldelse af tjenesteydelsesaftalerne i fare, idet fællesskabsbestemmelserne ellers ville miste enhver betydning. Direktiv 92/50 og den fortolkning, dette bør gives, befinder sig i balancepunktet mellem de to væsentlige krav, som udgøres af efterstræbelsen af en tilstrækkelig liberalisering af markederne og fastsættelse af normer, der giver den ordregivende myndighed sikkerhed for udførelsen af kvalitetsydelser.

24. Den ordregivende myndighed må være i stand til at vurdere de bydendes evne til at opfylde aftalen på den ønskede måde.

25. Artikel 31 og 32 i direktiv 92/50 tager sigte herpå. I den første opregnes de beviser for den finansielle og økonomiske formåen, som kan kræves af tjenesteyderen, reglerne for førelse af disse beviser samt det alternativ, der kan benyttes, såfremt tjenesteyderen er ude af stand til at give de ønskede referencer. Den anden af disse artikler giver forskellige kriterier for bedømmelsen af tjenesteydernes evne til at udføre tjenesteydelserne, opstiller en liste over de måder, hvorpå det kan godtgøres, at de har teknisk formåen, og præciserer reglerne for den ordregivende myndigheds adgang til at stille krav om fremlæggelse af denne dokumentation.

26. Det er ganske ufornødent at dvæle ved begrundelsen for disse bestemmelser, for disse artiklers formål er ganske klart at beskytte den ordregivende myndighed mod risikoen for, at erhvervsdrivende, som er mere interesseret i at få tildelt lukrative kontrakter end i at påtage sig den væsentligste opgave nemlig at opfylde dem punktligt, deltager i udbudsproceduren.

27. Man kan imidlertid i deres indhold finde to oplysninger, der også kan være til nytte ved undersøgelsen af det præjudicielle spørgsmål i denne sag.

28. For det første kan der ikke være meget ved at opnå et stort antal bud, selv om dette i for sig tjener den ordregivende myndigheds interesser, hvis prisen er middelmådige ydelser. Kravet herom legitimerer disse spærringer og begrunder, at fortolkningen af de bestemmelser, hvorved de etableres, tager højde for risikoen for misligheder, der vil kunne eliminere deres beskyttende virkning. Følgerne af en løsning, hvorefter det anerkendes, at de efter direktiv 92/50 gældende betingelser opfyldes af andre end den bydende virksomhed, må derfor overvejes nøje.

29. For det andet er der andre led i bestemmelserne der taler for, at man holder sig mindre strengt til ordlyden, selv om det forhold, at der i disse to artikler tales om tjenesteyderen, kan tale for en fortolkning, der stiller sig velvillig til fremlæggelse af dokumentation, der alene vedrører tjenesteyderen selv [7].

30. Således har tjenesteyderen efter artikel 31, stk. 3, adgang til under visse omstændigheder at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen »ved ethvert

7 — I artikel 31 og 32 er der tale om tjenesteyderens finansielle, økonomiske og tekniske formåen, hvorved der kun bliver tale om den bydende selv. På samme måde hedder det i artikel 32, at »tjenesteydernes evne til at udføre tjenesteydelserne kan vurderes på grundlag af navnlig deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed«. Der tales deri om »oplysninger om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlig for præstationen af tjenesteydelserne« og om »virksomhedens rolle i gennemsnitlige antal beskæftigede og antallet af ledere gennem de sidste tre år«. Der synes herefter kun at være tale om virksomhedens egne forhold.

andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet«, hvilket med en vis skønsmargen for den sidstnævnte gør det muligt for den at anerkende, at dokumentation fremlægges af andre end tjenesteyderen, når der er tale om en dokumentation, der giver den samme sikkerhed. Endvidere er der med artikel 32, stk. 2, litra c), udtrykkelig tænkt på de tilfælde, hvor de teknikere eller tekniske organer, som tjenesteyderen benytter, ikke hører til hans virksomhed. Der findes andre bestemmelser med tilsvarende indhold, f.eks. artikel 32, stk. 2, litra h), der anerkender muligheden for, at tjenesteyderen benytter en underleverandør, eller artikel 32, stk. 2, litra e), der omhandler »en erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tjenesteyderen *disponerer over* til udførelsen af tjenesteydelserne« [8], altså en erklæring ikke blot vedrørende den bydende virksomheds eget udstyr.

31. Antagelsen om et krav fra den ordregivende myndigheds side om en »personlig« formåen hos den bydende holder således ikke over for selve ordlyden af direktiv 92/50, eftersom der deri flere gange tales om, at andre ressourcer end en virksomheds egne ressourcer stilles til rådighed for den. Denne situation, der bekræfter, hvad der kan udledes af direktivets formål, taler for en smidig fortolkning af bestemmelserne vedrørende kravene til dokumentation for de bydendes formåen.

8 — Min fremhævelse.

Ballast Nedam Groep-præjudikaterne

32. Domstolens praksis, som den følger af Ballast Nedam Groep-dommene af 14. april 1994 [9] og af 18. december 1997 [10], bekræfter disse synspunkter.

33. I Ballast Nedam I-dommen skulle det afgøres, om et holdingselskab kunne udelukkes fra at deltage i en procedure for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, fordi det ikke selv udførte bygge- eller anlægsarbejderne — det skete i denne sag ved, at selskabet ikke fik fornyet den godkendelse, som det hidtil havde haft — og i benægtende fald, på hvilken måde det kunne dokumentere den formåen, der var nødvendig for at deltage [11].

9 — Sag C-389/92, Sml. I, s. 1289, herefter »Ballast Nedam I-dommen«.

10 — Sag C-5/97, Sml. I, s. 7549, herefter »Ballast Nedam II-dommen«.

11 — Ballast Nedam II-dommen giver en fortolkning af Ballast Nedam I-dommen for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt den myndighed, der skulle tage stilling til godkendelsesansøgningen kunne eller skulle tage hensyn til oplysningerne om koncernselskaberne. Domstolen udtalte, »at den myndighed, som skal tage stilling til en godkendelsesansøgning indgivet af den dominerende juridiske person i en koncern, *er forpligtet* til at tage hensyn til oplysningerne vedrørende de selskaber, der hører til koncernen, ved bedømmelsen af den pågældende juridiske persons egnethed« (præmis 14, min fremhævelse). Denne dom har mindre direkte interesse for den foreliggende sag end Ballast Nedam I-dommen, idet spørgsmålet i den hovedsag, der har givet anledning til det foreliggende præjudicielle spørgsmål er, om den ret, den ordregivende myndighed mente at have til at tage hensyn til oplysninger om andre selskaber end det bydende selskab selv, overhovedet består, og altså ikke spørgsmålet om, hvorvidt den blot havde mulighed for eller omvendt var forpligtet til at udnytte denne ret.

34. Domstolen har fastslået, at de i sagen omhandlede direktiver [12] »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«, og at »det tilkommer den nationale retsinstans at bedømme, om dette er godtgjort i den konkrete sag for retten« [13].

35. Domstolen har således anerkendt, at en erhvervsdrivende, der ikke er i stand til selv at gennemføre en aftale, fordi han ikke opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, som bestemmelserne stiller krav om, kan påberåbe sig andre selskabers kvalifikationer, dog således at disse kvalifikationer også faktisk stilles til hans rådighed.

36. Jeg må belyse to punkter og herigennem nærmere præcisere rækkevidden af denne afgørelse og dens eventuelle gyldighed også for nærværende sag.

37. Domstolen har på den ene side i Ballast Nedam I-dommen taget stilling til fortolkningen af fællesskabsbestemmelserne vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter, mens denne præjudicielle sag drejer sig om fællesskabsreglerne om offentlige tjenesteydelsesaftaler. Det er derfor på sin plads at undersøge, om det, der gælder for én sektor, også gælder for den anden.

38. Forskellene mellem de to regelsæt i bestemmelserne om offentlige bygge- og anlægskontrakter viser sig ved mere udtrykkelige henvisninger til entreprenørernes ret til at overdrage arbejders udførelse til andre erhvervsdrivende [14]. Disse forskelle giver rigtignok argumenterne for denne rets bestående i sektoren for bygge- og anlægsarbejder større styrke, men de svækker efter min mening ikke betydningen af de faktorer, jeg ovenfor har omtalt [15] til støtte for den samme adgang for de bydende på tjenesteydelsesområdet.

39. Et afslag på at anvende afgørelsen i Ballast Nedam I-dommen tilsvarende i tilfælde, der drejer sig om en offentlig tjenesteydelsesaftale, med den begrundelse, at aftalen ikke har samme karakter, må for-

12 — Rådets direktiv 71/304/EØF af 26.7.1971 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 L 185, s. 1) samt Rådets direktiv 71/305/EØF af 27.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185, s. 5).

13 — Præmis 18, min fremhævelse.

14 — Det hedder således i direktiv 71/304: »... tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter kan ske til personer eller selskaber, som udfører arbejderne gennem agenturer og filialer« (Ballast Nedam I-dommen, præmis 10). Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF (EFT L 210, s. 1) bestemmer endvidere, at offentlige bygge- og anlægskontrakter »har til genstand 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'« (Ballast Nedam I-dommen, præmis 14).

15 — Punkt 14-31 i nærværende forslag til afgørelse.

udsætte, at det godtgøres, at tjenesteydelsestransaktioner efter deres natur i ringere grad end byggeforretninger egner sig til, at den bydende benytter ressourcer, som han anvender uden for sin egen virksomhed.

40. Men dette bevis er ikke ført. Jeg kan i øvrigt vanskeligt se, hvad der skulle kunne begrunde, at de tekniske eller finansielle krav, der skal være opfyldt af de bydende, kræves opfyldt af den erhvervsdrivende selv på tjenesteydelsesområdet, mens de samme krav ikke stilles på området for bygge- og anlægsarbejder. De grunde, der kan gives herfor, er så meget mindre iøjnefaldende, når der er tale om dokumentation for en virksomheds finansielle og økonomiske formåen, som den rent økonomiske og kvantitative garanti, de skal give, er uden sammenhæng med selve aftalens genstand. For så vidt angår dokumentationen for tjenesteyderens tekniske formåen er det tilstrækkeligt at henvise til ordlyden af artikel 32, stk. 2, litra c), i direktiv 92/50, hvorefter den ordregivende myndighed kan opnå oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, som ikke hører til tjenesteyderens virksomhed. Denne bestemmelse bekræfter udtrykkeligt, at når det gælder offentlige tjenesteydelsesaftaler kan supplerende kvalifikationer uden for virksomheden påberåbes til støtte for de argumenter, de bydende fremfører for deres bud.

41. Praksis i Ballast Nedam I-dommen kan således fuldt ud finde anvendelse i denne henseende også i nærværende sag.

42. Det andet punkt vedrører det bydende selskabs stilling i forhold til de selskaber, hvis kvalifikationer det påberåber sig. Som den italienske regering og Holst Italia har anført, indtager det bydende selskab Ruhrwasser ikke en dominerende stilling i forhold til den virksomhed, der besidder de fornødne kvalifikationer i denne sag, dvs. Ruhrverband. Domstolen undlod derimod i Ballast Nedam I-dommen ikke at fremhæve, at det holdingselskab, der hævdede at have en ret til at deltage, var det dominerende selskab i en koncern.

43. Man kunne heraf slutte, at en virksomheds dominerende stilling er en nødvendig forudsætning for at anerkende et selskabs ret til at påberåbe sig andres formåen. Det er nemlig klart, at jo mere omfattende beslutningsbeføjelser en bydende har i forhold til andre selskaber, jo større er den ordregivende myndigheds sikkerhed for, at disses ressourcer står til rådighed for entreprenøren med henblik på aftalens gennemførelse.

44. Jeg mener imidlertid ikke, at tjenesteyderens rådighed over ressourcer, som er tjenlige for en korrekt opfyldelse af aftalen, men som ikke er hans egne, nødvendigvis forudsætter et underordnelsesforhold i forhold til den bydende for de virksomheder, der besidder den formåen eller en del af den formåen, som denne gør krav på. Formålet med direktiv 92/50 tilsiger jo som nævnt, at virksomhedernes almindelige adgang til at

afslutte offentlige kontrakter fortolkes velvilligt, når blot udvælgelsen af dem sker på grundlag af beviser for den formåen, som de faktisk kan stille på benene og soliditeten af de garantier, de tilbyder.

45. Det er på denne baggrund, man må læse de principper, der er fastlagt i Ballast Nedam I-dommen, og anvende dem i nærværende sag.

46. Domstolen udtalte, at arbejders udførelse af andre selskaber end det holdingselskab, som har fået arbejdet overdraget, ikke kan begrunde, at holdingselskabet udelukkes fra at deltage i procedurer for indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Domstolen tilføjede, »uanset på hvilken måde datterselskaberne juridisk er knyttet til selskabet« [16], og at det tilkom den nationale retsinstans ud fra de faktiske og retlige omstændigheder, den havde fået forelagt, at bedømme, om det i hovedsagen er godtgjort, at selskabet reelt disponerer over de kvalifikationer, som datterselskaberne besidder [17].

47. Det er påfaldende, at der ikke sker nogen omtale af den interesse, som de beslutningsbeføjelser, holdingselskabet har i kraft af sin stilling som moderselskab, kan have når det gælder om at opnå sikkerhed for, at de ressourcer, den kompetente myndighed stiller krav om, faktisk stilles til rådighed. Tværtimod betones den manglende relevans for det tilstræbte formål af selskabets retlige organisation og den virkelig store betydning, som retsinstansens direkte efterprøvelse af, at der reelt opnås dispositioner over ressourcer som nævnt, udgør.

48. Konstateringen heraf taler sammen med de ovenfor fremstillede punkter både vedrørende formålet med direktiv 92/50 og dettes indhold for, at den løsning, der blev valgt i Ballast Nedam I-dommen udvides til også at gælde for forholdet mellem Ruhrwasser og Ruhrverband, selv om det er det omvendte ejendomsforhold i forhold til den tidligere sag, der er tale om, og selv om det i sagen omhandlede selskab i stedet for at indtage en dominerende stilling er »domineret«.

49. Der bliver naturligvis ikke tale om på grundlag af to så forskellige retspositioner at drage den slutning, at den ordregivende myndighed i begge tilfælde opnår den samme garanti for, at der reelt stilles kvalifikationer udefra til rådighed for den bydende virksomhed.

50. Jeg skal blot fastslå, at beskaffenheden af den retlige forbindelse mellem to virksomheder ikke på forhånd kan afgøre spørgsmålet om den faktiske overdragelse til rådighed af kvalifikationer, som de ordregivende myndigheder efter direktiv 92/50 kan kræve bevis for. Selv om det står den nationale ret frit for at fastslå, at den ordregivende myndighed som følge af denne forbindelses særlige træk eller andre retlige eller faktiske omstændigheder i den enkelte sag ikke har sikkerhed for at kunne

16 — Ballast Nedam I-dommen, præmis 17.
17 — Sammesteds.

udnytte de kvalifikationer, der kræves til aftalens opfyldelse, forekommer det mig med andre ord en overdrivelse principielt at fastslå, at den omstændighed, at en virksomhed for at deltage i en offentlig udbudsprocedure påberåber sig de tekniske, finansielle og økonomiske ressourcer i et selskab, som den selv helt eller delvis tilhører, forbyder det at afgive bud. Den fremgangsmåde, der er anvendt for at sikre en reel overdragelse til rådighed til den bydende af de ressourcer og garantier, den ordregivende myndighed kræver, har kort sagt ikke større betydning, når denne overdragelse til rådighed kan kontrolleres.

51. Der er således intet, der giver grundlag for et anbringende om, at beskaffenheden af det retlige forhold mellem Ruhrwasser og Ruhrverband obligatorisk og på forhånd udelukker forekomsten af forpligtelser af vedtægtsmæssig eller aftalemæssig art for sidstnævnte, hvis bindende virkning giver Cagliari kommune sikkerhed for, at der reelt stilles ressourcer til rådighed med hensyn til aftalens opfyldelse. Besvarelsen af dette spørgsmål afhænger faktisk af en undersøgelse af de faktiske oplysninger, sagen indeholder, og af bestemmelser i den nationale ret, der finder anvendelse, og som kun den forelæggende ret kan tage stilling til.

Den nationale rets bedømmelse af visse faktiske og retlige omstændigheder

52. Den nationale ret opfordres med henblik på at forvisse sig om, at den bydende reelt kan råde over den formåen udefra, som han påberåber sig, til at undersøge de faktiske og retlige forhold i forbindelse med indholdet af de aftaler, der måtte være indgået mellem Ruhrwasser, RWG og Ruhrverband — eller mellem de to selskaber, der er berørt af den omtvistede offentlige aftale — eller af deres vedtægtsmæssige forbindelse med hinanden samt den bindende karakter af den retlige forbindelse, der knytter disse selskaber til hinanden.

53. Efterprøvelsen af indholdet af *den forpligtelse*, som påhviler moderselskabet i forhold til datterselskabet, må gøre det muligt at sikre sig, at de tekniske kvalifikationer og de finansielle garantier, som datterselskabet påberåber sig, på passende måde kan bidrage til gennemførelsen af den virksomhed, som der vil være tale om ved den offentlige aftales opfyldelse.

54. I hovedsagen vedrører den dokumentation, som den ordregivende myndighed ønsker om økonomiske og finansielle spørgsmål, størrelsen af den årlige gennemsnitlige omsætning på drift af rensningsanlæg og indsamling af spildevand. Kravet herom, der henhører under artikel 31, stk. 1, litra c), i direktiv 92/50 kan efter min mening kun opfyldes, såfremt det godtgøres, at den bydende er i stand til på væsentlig måde at benytte ydelserne fra det selskab, som det henviser til.

55. Faktisk giver denne henvisning i det foreliggende tilfælde den ordregivende

myndighed sikkerhed for at kunne udnytte en mindste faglig erfaring, der, hvis den skal være anvendelig, må benyttes direkte ved aftalens opfyldelse. Det er derfor væsentligt at skaffe sig sikkerhed for, at det selskab, hvis erfaring påberåbes, bliver det selskab, som hvis det ikke tager sig af samtlige de arbejder, den ordregivende myndighed har beskrevet, i alt fald leder disse arbejder og således udnytter sin tekniske kompetence [18].

56. Denne argumentation kan også finde anvendelse, når det gælder den anden garanti, den ordregivende myndighed ønsker, som vedrører faktisk drift af et rensningsanlæg for spildevand to år i træk inden for de sidste tre år. Og anvendelsen af et sådant kriterium har kun mening, såfremt den bydende, som har fået tildelt kontrakten under påberåbelse af et andet selskabs erfaring, kan bevise, at dette andet selskab i væsentligt omfang vil stå for opfyldelsen.

57. Ved afgørelsen af, om der reelt bliver tale om at stille ressourcer til rådighed som nævnt, må det dernæst efterprøves, om det retlige middel, der herved er anvendt, ikke blot er forskriftsmæssigt, men også giver sikkerhed for de tilsigtede virkninger, idet disse derved opnår *bindende virkning* [19].

58. Den nationale ret må således f.eks. retmæssigt kunne søge oplyst, om der er indgået en aftale, i henhold til hvilken moderselskaber erklærer sig forpligtet til, at give datterselskabet rådighed over forskellige tekniske ressourcer og finansielle garantier, og om dette er en egentlig forpligtende aftale, der, hvis den ikke opfyldes, vil kunne føre til, at der tages retlige skridt over for moderselskabet.

59. Jeg skal i den forbindelse fremhæve, at forholdet mellem de to selskaber kan være mere eller mindre snævert, ligesom datterselskabets økonomiske selvstændighed i forhold til moderselskabet kan være større eller mindre, afhængigt af hvor stor en del af datterselskabets kapital moderselskabet ejer, hvilket ikke er uden betydning for de

18 — For fuldstændighedens skyld må det fastslås, at den forelæggende ret ikke altid kan tillægge den dokumentation, der er foreskrevet ved direktiv 92/50, samme rækkevidde, når den vedrører en anden erhvervsdrivende. Således kan oplysninger vedrørende et selskabs finansielle soliditet, som den bydende virksomhed påberåber sig over for den ordregivende myndighed, vanskeligt antages at udgøre en virkelig garanti, når det selskab, som fik tildelt aftalen, ikke selv er levedygtigt. Dersom der ikke består et direkte kontraktforhold mellem den ordregivende myndighed og det tredje selskab, kan dettes finansielle referencer vise sig at være et utilstrækkeligt værn for den myndighed, der indgår aftalen. Forestillingen om en »reel overdragelse til rådighed« har altså ikke de samme egenskaber, når det gælder den finansielle og økonomiske formåen, og det er ikke sikkert, at den ordregivende myndighed her kan være interesseret i at nøjes med den dokumentation, som kommer fra andre end den bydende. En sådan nuance kan ikke være uden betydning for de ordregivende myndigheders frihed til at benytte denne type garanti eller for den fortolkning, der vil kunne gives den gældende fællesskabsret. I øvrigt har det betydning at få kendskab til indholdet af de forpligtelser, som består mellem den bydende virksomhed og den anden virksomhed, og som vil kunne forpligte sidstnævnte i forhold til den ordregivende myndighed.

19 — Det fremgår af sagen, at Ruhrverband varetager offentlig tjenesteydelsesvirksomhed i Tyskland og ikke har ret til direkte at drive virksomhed uden for det nationale område. Afgrænsningen af sammenslutningens beføjelser, som dens handlefrihed afhænger af, kan således benyttes ved den nationale rets vurdering af sammenslutningens evne til reelt at stille de ressourcer, som Ruhrwasser påberåber sig, til rådighed for den ordregivende myndighed.

garantier og ressourcer, som den ordregivende myndighed kan regne med.

60. Ganske vist er det lidet sandsynligt, at moderselskabet, når afgørelsen om at deltage i proceduren kommer fra det — selv om der formelt er tale om datterselskabets afgørelse — afviser at stille sine ressourcer til rådighed.

61. Imidlertid kan det ikke helt udelukkes, at det bydende datterselskab, selv om det alene er retligt forpligtet over for den ordregivende myndighed, kommer ud for en ændret forretningspolitik inden for moderselskabet, der har beslutningsbeføjelserne.

62. Det må befrygtes, at den ordregivende myndighed, som en dårligt opfyldt eller uopfyldt aftale i første række går ud over, og som må se i øjnene, at det er umuligt for medkontrahenten at opnå en omhyggelig og tilfredsstillende opfyldelse af aftalen eller økonomisk erstatning for dennes misligholdelse, i lige så ringe grad kan udnytte en ret til at gå løs på moderselskabet.

63. Med forbehold af indholdet af den på området gældende nationale ret, må det anses for sandsynligt, at manglende opfyldelse af aftalen hverken kan fastslås eller søges erstattet, såfremt det moderselskab, som culpøst undlader at opfylde sin pligt til at stille ressourcer til rådighed, besidder alle beslutningsbeføjelser i datterselskabet. Når det alene har beføjelse til at tage retlige skridt med henblik på opfyldelsen af de omtvistede forpligtelser, er det også alene i stand til at slå en streg over sine egne løfter. De garantier, som den ordregivende myndighed har fået, vil i så fald blot kunne være et dække over den bydendes totale mangel på evne til at opfylde de aftalte forpligtelser.

64. Den ordregivende myndigheds dårlige stilling skyldes også, at det selskab, der har beslutningsbeføjelserne, når det gælder rådigheden over de ressourcer og garantier, som aftalen kræver, og det selskab, som forpligter sig som medkontrahent, er to forskellige juridiske personer. Og man må desuden ikke se bort fra, at ethvert retligt skridt over for datterselskabet ikke er uden virkninger i forholdet til moderselskabet.

65. I hovedsagen råder Ruhrwasser tilsyneladende over en ret høj grad af selvstændighed i forhold til Ruhrverband, eftersom selskabets kapital ejes ligeligt af seks selskaber, af hvilke kun et, RWG, er et helejet datterselskab af Ruhrverband.

66. Før efterprøvelsen af, om Ruhrwasser reelt er beføjet til at gøre sine rettigheder gældende over for moderselskabet, må den nationale ret sikre sig, at det retlige grundlag, i henhold til hvilket den bydende retmæssigt kan påstå at råde over de påberåbte ressourcer, virkelig eksisterer.

67. Det afgørende i det foreliggende tilfælde er således, at aftalegrundlaget for Ruhrwasser's tilknytning til Ruhrverband har en sådan retligt bindende virkning, at den bydende kan være sikker på at blive bistået af moderselskabet.

Forslag til afgørelse

68. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål fra Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna på følgende måde:

»Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler skal fortolkes således, at dette direktiv ikke er til hinde for, at en ordregivende myndighed, når den under behandlingen af et bud, der er indgivet under en udbudsprocedure, der gennemføres med henblik på afslutning af en offentlig tjenesteydelsesaftale, skal vurdere de udvælgelseskriterier for finansiel og teknisk formåen, som et selskab skal opfylde, tager hensyn til henvisninger til et andet selskab, der er eneaktionær i et af de selskaber, der er eneste aktionær i førstnævnte selskab, under forudsætning af, at dette godtgør, at det reelt råder over ressoucerne i det selskab, som det har henvist til.

Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om et sådant bevis er ført i hovedsagen.

Den nationale ret bør herved navnlig sikre sig, at det selskab, hvis ressourcer tages i betragtning, er forpligtet til i passende omfang i betragtning af de påberåbte referencers genstand, at deltage i opfyldelsen af den offentlige aftale.«