DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

11. januar 2005 *

I sag C-26/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Oberlandesgericht Naumburg (Tyskland) ved kendelse af 8. januar 2003, indgået til Domstolen den 23. januar 2003, i sagen

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

mod

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne J.N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (refererende dommer), M. Ilešič og E. Levits,

generaladvokat: C. Stix-Hackl
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er indgivet indlæg af:

— Stadt Halle ved Rechtsanwältin U. Jasper

— Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna ved Rechtsanwalt K. Heuvels

— den franske regering ved G. de Bergues og D. Petrausch, som befuldmægtigede

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den finske regering ved T. Pynnä, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 23. september 2004,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), det sidstnævnte direktiv som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 (EFT L 328, s. 1, herefter »direktiv 89/665«). Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører endvidere fortolkningen af artikel 1, nr. 2, og artikel 13, stk. 1, 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 (EFT L 199, s. 84), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16. februar 1998 (EFT L 101, s. 1, herefter »direktiv 93/38«).

2 Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag anlagt mod Stadt Halle (byen Halle) (Tyskland) og selskabet RPL Recyclingpark Lochau GmbH (herefter »RPL Lochau«) af selskabet Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (herefter »TREA Leuna«) angående spørgsmålet om, hvorvidt det er i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne, at Stadt Halle har tildelt RPL Lochau, hvori byen er hovedanpartshaver, og hvoraf en minoritetsandel indehaves af et privat selskab, en tjenesteydelsesaftale vedrørende affaldsbehandling uden afholdelse af et offentligt udbud.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Ifølge artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, som ændret ved direktiv 97/52 (herefter »direktiv 92/50«), forstås ved »offentlige tjenesteydelsesaftaler« »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«. I henhold til samme direktivs artikel 1, litra b), forstås ved »ordregivende myndigheder« »staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer«. Endelig er »tjenesteydere« i direktivets artikel 1, litra c), defineret som »fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer, der tilbyder udførelse af tjenesteydelser«.

4 I henhold til artikel 8 i direktiv 92/50 indgås »[a]ftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser [...] i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI«. Disse bestemmelser indeholder i det væsentlige regler om udbud af kontrakter og om offentliggørelse. Artikel 11, stk. 1, i samme direktiv bestemmer, at »[d]e

ordregivende myndigheder [...] ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [anvender] de i artikel 1, litra d), e) og f), definerede fremgangsmåder, tilpasset med henblik på [...] direktiv [92/50]«. De fremgangsmåder, der henvises til i denne bestemmelse, er henholdsvis »offentligt udbud«, »begrænset udbud« og »udbud efter forhandling«.

5 Kategori 16 i bilag I A til direktiv 92/50 omfatter »[k]loakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«.

6 Artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50 bestemmer, at direktivet finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, når den anslåede værdi eksklusive moms »mindst andrager 200 000 ECU«.

7 Det fremgår af anden og tredje betragtning til direktiv 89/665, at formålet med dette direktiv er at sikre anvendelsen af fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter gennem effektive og hurtige klagemuligheder, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør, idet en adgang til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling.

8 Med dette formål for øje bestemmer artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv [...] de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de

betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en procedure for tildeling af kontrakter, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig [...] kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Medlemsstaterne kan navnlig kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en sådan procedure, på forhånd har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

9 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[...]«

10 Det hedder i artikel 1 i direktiv 93/38:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

2) *offentlig virksomhed:* enhver virksomhed, som de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler. Bestemmende indflydelse antages at foreligge, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

— besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital, eller

— råder over flertallet af de stemmer, som er knyttet til de kapitalandele, som virksomheden har udstedt, eller

— kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan

3) *tilknyttet virksomhed:* [...] en virksomhed, som ordregiveren direkte eller indirekte kan udøve en bestemmende indflydelse på som omhandlet i nr. 2 i denne artikel [...]

[...]«

11 Artikel 13 i direktiv 93/38 bestemmer:

»1. Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelsesaftaler:

a) som en ordregiver indgår med en tilknyttet virksomhed

[...]

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.

[...]«

Nationale bestemmelser

12 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at klager over udbud af offentlige kontrakter i tysk ret reguleres af Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lov om konkurrencebegrænsninger). I henhold til denne lovs § 102 kan der indgives klage over »indgåelse af offentlige kontrakter«. Den bydende eller ansøgeren har et subjektivt retskrav på, at »bestemmelserne om proceduren for kontraktindgåelsen« overholdes, hvilket giver disse parter mulighed for at gøre rettigheder, »der angår en handling eller en undladelse af at handle under udbudsproceduren [...]«, jf. samme lovs § 97, stk. 7, gældende over for den ordregivende myndighed.

13 Det er i forelæggelseskendelsen præciseret, at der efter disse bestemmelser — og ifølge en fremherskende opfattelse i tysk retspraksis og faglitteratur — kun er adgang til at indlede en klageprocedure på området for indgåelse af offentlige kontrakter, såfremt formålet med klagen er at pålægge den ordregivende myndighed en bestemt handlemåde under en endnu ikke afsluttet formel udbudsprocedure, hvilket betyder, at der ikke er adgang til at indlede en klageprocedure, såfremt den ordregivende myndighed har besluttet ikke at afholde et offentligt udbud og ikke at indlede en formel udbudsprocedure. Denne opfattelse bestrides imidlertid i andre dele af retspraksis og faglitteraturen.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

14 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Stadt Halle ved byrådets beslutning af 12. december 2001 gav RPL Lochau til opgave at udarbejde et projekt for forbehandling, nyttiggørelse og bortskaffelse af kommunens affald uden forudgående at have indledt en formel udbudsprocedure. Samtidig besluttede Stadt Halle, ligeledes uden afholdelse af et udbud, at indlede forhandlinger med RPL Lochau med henblik på at indgå en kontrakt om bortskaffelse af kommunalt restaffald fra den 1. juni 2005 med dette selskab. RPL Lochau skal investere i opførelsen af et termisk anlæg for bortskaffelse og nyttiggørelse af affaldet.

15 RPL Lochau er et anpartsselskab stiftet i 1996. Selskabskapitalen indehaves for 75,1%'s vedkommende af Stadtwerke Halle GmbH, hvis eneanpartshaver, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, ejes 100% af Stadt Halle, og for 24,9%'s vedkommende af et privat anpartsselskab. Den forelæggende ret betegner RPL Lochau som et »halvoffentligt selskab« og har anført, at fordelingen af anparterne i dette selskab først blev fastlagt i selskabsvedtægterne i slutningen af 2001 i forbindelse med den påtænkte tildeling af en kontrakt på udførelsen af det omhandlede projekt.

16 Den forelæggende ret har ligeledes anført, at RPL Lochaus selskabsformål er drift af genbrugs- og affaldsbortskaffelsesanlæg. Beslutninger på generalforsamlingen træffes enten ved simpelt flertal eller ved kvalificeret flertal på 75% af stemmerne. Den forretningsmæssige og tekniske ledelse af selskabet er for nuværende overdraget til en tredje virksomhed, og Stadt Halle har bl.a. kompetence til at foretage revision af regnskaberne.

17 Efter at have fået kendskab til, at kontrakten var blevet tildelt uden afholdelse af et udbud i henhold til fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, gjorde TREA Leuna, som ligeledes var interesseret i at udføre de omhandlede tjenesteydelser, indsigelse mod Stadt Halles beslutning og indgav en klage til Vergabekammer ved Regierungspräsidium Halle med påstand om, at Stadt Halle skulle afholde et offentligt udbud.

18 Stadt Halle gjorde heroverfor gældende, at klagen skulle afvises i henhold til de nationale bestemmelser, som er nævnt i denne doms præmis 12 og 13, idet Stadt Halle, som var en ordregivende myndighed, ikke havde indledt en formel udbudsprocedure. RPL Lochau måtte i øvrigt identificeres med Stadt Halle, idet selskabet kontrolleredes af byen. Der var derfor tale om en »in house-ydelse«, som ikke er omfattet af Fællesskabets udbudsbestemmelser.

19 Vergabekammer ved Regierungspräsidium Halle tog TREA Leunas påstand til følge, idet det fandt, at der, selv i tilfælde, hvor der ikke er afholdt et udbud, må kunne indgives klage over den ordregivende myndigheds afgørelser. Vergabekammer fandt ligeledes, at der i det foreliggende tilfælde ikke kunne være tale om en »in house-ydelse«, idet den private minoritetsandel oversteg den tærskel på 10%, som efter de tyske regler om selskaber med begrænset hæftelse er afgørende for, om bestemte mindretalsrettigheder foreligger. Vergabekammer fandt desuden, at de opgaver, RPL Lochau udførte for Stadt Halle, kun med tilstrækkelig sikkerhed kunne forventes at lægge beslag på 61,25% af selskabets kapacitet, hvorfor det var tvunget til at opnå supplerende ordrer på det pågældende marked for at finde afsætning for den yderligere kapacitet.

20 Stadt Halle har iværksat appel til Oberlandesgericht Naumburg, som har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Kræves det efter artikel 1, stk. 1, [i direktiv 89/665,] at medlemsstaterne sikrer, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over en ordregivende myndigheds beslutning om ikke at udbyde en offentlig kontrakt i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiverne om udbud af offentlige kontrakter?

b) Kræves det ligeledes efter artikel 1, stk. 1, [i direktiv 89/665,] at medlemsstaterne sikrer, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger forud for en formel udbudsprocedure, navnlig over beslutningen med hensyn til de præliminære spørgsmål om, hvorvidt en bestemt procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt overhovedet falder ind under det personelle, henholdsvis det materielle anvendelsesområde for direktiverne om udbud af offentlige kontrakter, eller om der undtagelsesvis foreligger et tilfælde, hvor udbudsreglerne ikke finder anvendelse?

c) Såfremt spørgsmål [1a)] besvares bekræftende, og spørgsmål [1b)] besvares benægtende, spørges:

Opfylder en medlemsstat sin forpligtelse til at sikre, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over en ordregivende myndigheds beslutning om ikke at udbyde en offentlig kontrakt i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiverne om udbud af offentlige kontrakter, såfremt adgangen til at indgive en klage forudsætter, at proceduren for indgåelse af den offentlige kontrakt er nået til et bestemt formelt stadium, f.eks. at der er indledt mundtlige eller skriftlige kontraktforhandlinger med en tredjepart?

2) a) Såfremt det forudsættes, at en ordregivende myndighed, som f.eks. en regional eller lokal myndighed, påtænker at indgå en skriftlig gensidigt bebyrdende tjenesteydelsesaftale, som er omfattet af [direktiv 92/50], med et organ, som formelt er adskilt fra myndigheden selv — herefter »kontraktparten« — og under den yderligere forudsætning, at denne kontrakt undtagelsesvis ikke er en offentlig tjenesteydelsesaftale som omhandlet i [...] artikel 1, litra a), [i direktiv 92/50,] såfremt kontraktparten må henregnes til den offentlige forvaltning eller til den ordregivende myndigheds forretningsområde — herefter »udbudsfrie selvudførte tjenester« — ønsker retten oplyst, om det altid er udelukket at henføre en sådan kontrakt til begrebet udbudsfrie selvudførte ydelser, allerede fordi en privat virksomhed ejer en andel i kontraktparten?

b) Såfremt spørgsmål [2a)] besvares benægtende, spørges:

Under hvilke betingelser skal en kontraktpart, der til dels ejes af en privat virksomhed — herefter »halvoffentligt selskab« — henregnes til den offentlige forvaltning eller til den ordregivende myndigheds forretningsområde?

I den forbindelse spørges navnlig:

— Er det tilstrækkeligt til, at et halvoffentligt selskab, henset til kontrollens udformning og intensitet, må henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde, at den ordregivende myndighed øver »bestemmende« indflydelse på dette, f.eks. som omhandlet i artikel 1, nr. 2, og artikel 13, stk. 1, i [...] direktiv 93/38 [...], som ændret ved akten vedrørende vilkårene for Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget

Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EFT 1994 C 241, s. 21, og EFT 1995 L 1, s. 1) samt ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16.2.1998 om ændring af direktiv 93/38 (EFT L 101, s. 1)?

— Udelukker enhver form for retlig mulig indflydelse for den private selskabsdeltager i det halvoffentlige selskab på kontraktpersonens strategiske mål og/eller virksomhedsledelsens enkeltbeslutninger, at denne kan henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde?

— Er det tilstrækkeligt til, at et halvoffentligt selskab, henset til kontrollens udformning og intensitet, må henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde, at denne myndighed for så vidt angår den konkrete procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt har en omfattende instruktionsbeføjelse alene med hensyn til beslutninger vedrørende kontraktens indgåelse og leveringen af ydelserne?

— Er det tilstrækkeligt til, at et halvoffentligt selskab, henset til, at aktiviteten i det væsentlige udføres for den ordregivende myndighed, kan anses for omfattet af den ordregivende myndigheds forretningsområde, at 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 levering af sådanne tjenesteydelser til den ordregivende myndighed eller til virksomheder, som er forbundet med eller henhører under denne, eller — såfremt den blandede økonomiske virksomhed endnu ikke har bestået i tre år — ud fra en prognose må forventes at opfylde denne 80%'s-regel?«

Om de præjudicielle spørgsmål

21 Med henblik på at kunne give den forelæggende ret et brugbart og sammenhængende svar skal de forelagte spørgsmål opdeles og undersøges i to grupper efter deres indhold og genstand.

Spørgsmål 1a), 1b) og 1c)

22 Med denne første række spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at medlemsstaternes pligt til at sikre en effektiv og hurtig adgang til at indgive klage over beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder også omfatter beslutninger, der er truffet uden for rammerne af en formel udbudsprocedure og inden afholdelse af et formelt udbud, bl.a. beslutningen om, hvorvidt en bestemt kontrakt omfattes af direktiv 92/50's materielle eller personelle anvendelsesområde, samt fra hvilket tidspunkt i en anskaffelsesprocedure medlemsstaterne er forpligtet til at give en bydende, en ansøger eller en interesseret part adgang til en klageprocedure.

23 I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at direktiv 92/50 ifølge første og anden betragtning er vedtaget som led i de nødvendige foranstaltninger til virkeliggørelse af det indre marked, dvs. et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Det følger af fjerde og femte betragtning til samme direktiv, at eftersom formålet med direktivet er at indføre fri adgang til offentlige tjenesteydelsesaftaler på lige og gennemsigtige vilkår, bør direktivet anvendes af alle ordregivende myndigheder.

24 Det skal endvidere understreges, at bestemmelserne i direktiv 92/50 klart angiver de betingelser, der gør det obligatorisk for alle ordregivende myndigheder at anvende de regler, som er fastsat i direktivets afsnit kapitel III-VI, idet undtagelserne til disse regler er udtømmende opregnet i selve direktivet.

25 Det følger heraf, at når disse betingelser er opfyldt, dvs. når en transaktion omfattes af det personelle og materielle anvendelsesområde for direktiv 92/50, skal de omhandlede offentlige kontrakter i medfør af direktivets artikel 8, sammenholdt med artikel 11, stk. 1, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit III-VI, og dermed gøres til genstand for et udbud og en passende grad af offentliggørelse.

26 Denne forpligtelse påhviler de ordregivende myndigheder, uden at der derved sondres mellem de offentlige kontrakter, som disse indgår for at opfylde den opgave at imødekomme almenhedens behov, og kontrakter, der ikke vedrører denne opgave (jf. i denne retning dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 32).

27 For at kunne besvare den forelæggende rets spørgsmål skal udtrykket »de ordregivende myndigheders beslutninger« i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 undersøges nærmere. Da dette udtryk ikke er udtrykkeligt defineret i dette direktiv, skal afgrænsningen af dets rækkevidde foretages på grundlag af ordlyden af de relevante bestemmelser i direktivet og det formål, som forfølges med direktivet, nemlig en effektiv og hurtig klageadgang.

28 Artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 forudsætter, gennem anvendelsen af ordene »for så vidt angår procedurerne«, at alle beslutninger, truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, og som kan tilsidesætte disse bestemmelser, er underlagt den retlige

prøvelse, som er foreskrevet i direktivets artikel 2, stk. 1, litra a) og b) (jf. i denne retning dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 37, og af 23.1.2003, sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki, Sml. I, s. 1091, præmis 68). Bestemmelsen omfatter således generelt en ordregivende myndigheds beslutninger uden at sondre mellem disse beslutninger efter deres indhold eller det tidspunkt, hvor de er truffet.

29 Artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 giver desuden mulighed for annullation af ulovlige beslutninger, truffet af de ordregivende myndigheder, for så vidt angår tekniske og andre specifikationer, der ikke blot findes i udbudsmaterialet og udbudsbetingelserne, men også i alle andre dokumenter, som vedrører den pågældende udbudsprocedure. Denne bestemmelse kan følgelig omfatte dokumenter, hvori der er truffet beslutninger i en fase forud for afholdelse af et udbud.

30 Denne vide fortolkning af udtrykket »de ordregivende myndigheders beslutninger« er bekræftet i Domstolens praksis. Domstolen har således allerede fastslået, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 ikke indeholder nogen begrænsninger vedrørende de heri omhandlede beslutningers art og indhold (dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 35). En sådan begrænsning kan heller ikke udledes af ordlyden af direktivets artikel 2, stk. 1, litra b) (jf. i denne retning dommen i sagen Alcatel Austria m.fl., præmis 32). I øvrigt ville det være uforeneligt med samme direktivs artikel 2, stk. 1, litra a) — hvorefter medlemsstaterne skal sikre, at der kan træffes midlertidige foranstaltninger hvad angår alle de beslutninger, der træffes af de ordregivende myndigheder — at anlægge en indskrænkende fortolkning af udtrykket beslutning, som kan gøres til genstand for en klageprocedure (HI-dommen, præmis 49).

31 På grundlag af denne vide fortolkning af udtrykket »beslutning, som kan gøres til genstand for en klageprocedure«, har Domstolen fastslået, at den beslutning, den ordregivende myndighed træffer inden kontraktindgåelsen, med hensyn til hvilken bydende, som vil blive tildelt kontrakten, altid skal kunne gøres til genstand for en klageprocedure, uanset muligheden for at få tilkendt erstatning, når kontrakten er blevet indgået (dommen i sagen Alcatel Austria m.fl., præmis 43).

32 Domstolen har desuden, med henvisning til den ved direktiv 92/50 tilstræbte målsætning om fjernelse af hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og til formålene bag samt ordlyden og opbygningen af direktiv 89/665 fastslået, at en ordregivende myndigheds beslutning om at tilbagekalde et udbud af en offentlig tjenesteydelsesaftale skal kunne gøres til genstand for en klageprocedure i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 (jf. i denne retning HI-dommen, præmis 55).

33 I denne forbindelse bemærkes, som generaladvokaten har anført i punkt 23 i sit forslag til afgørelse, at den ordregivende myndigheds beslutning om ikke at indlede en udbudsprocedure kan sidestilles med en beslutning om at afslutte udbudsproceduren. En ordregivende myndigheds beslutning om ikke at iværksætte et udbud, fordi den omhandlede kontrakt efter myndighedens opfattelse ikke falder ind under anvendelsesområdet for de relevante fællesskabsbestemmelser, er den første beslutning, som kan gøres til genstand for prøvelse.

34 På baggrund af denne retspraksis og formålene bag samt opbygningen og ordlyden af direktiv 89/665 — samt for at sikre dette direktivs effektive virkning — må det fastslås, at enhver retsakt fra den ordregivende myndighed, som udstedes i forbindelse med en offentlig tjenesteydelsesaftale, der henhører under direktiv 92/50's materielle anvendelsesområde, og som kan have retsvirkninger, udgør en beslutning, som kan gøres til genstand for en klage som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, uanset om denne retsakt er vedtaget uden for en formel udbudsprocedure eller inden for rammerne af en sådan.

35 Handlinger, som blot er udtryk for en indledende undersøgelse af markedet, eller som udelukkende er forberedende og foretages som led i den ordregivende myndigheds interne overvejelser med henblik på indgåelse af en offentlig kontrakt, kan således ikke gøres til genstand for en klage.

36 På baggrund af disse betragtninger bemærkes, at Stadt Halles antagelse, hvorefter direktiv 89/665 ikke indeholder et krav om adgang til en klageprocedure uden for rammerne af en formel udbudsprocedure, og hvorefter der hverken kan indgives klage over en ordregivende myndigheds beslutning om ikke at indlede et udbud eller over en beslutning om, hvorvidt en offentlig kontrakt falder ind under de relevante fællesskabsbestemmelsers anvendelsesområde, ikke kan tiltrædes.

37 Denne antagelse ville nemlig resultere i en fakultativ anvendelse af de relevante fællesskabsbestemmelser, der kommer til at afhænge af hver enkelt ordregivende myndigheds opfattelse, selv om anvendelsen af de nævnte bestemmelser imidlertid er obligatorisk, når de deri fastsatte betingelser er opfyldt. En sådan mulighed ville kunne lede til den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, der kan begås af en ordregivende myndighed. Dette ville medføre en væsentlig begrænsning af den effektive og hurtige klageadgang, som var tilsigtet med direktiv 89/665, og skade de formål, som forfølges med direktiv 92/50, nemlig målsætningerne om fri bevægelighed for tjenesteydelser og en fri, ufordrejet konkurrence i alle medlemsstater på dette område.

38 For så vidt angår spørgsmålet om, fra hvilket tidspunkt, det skal være muligt at klage, bemærkes, at dette tidspunkt ikke er formelt fastsat i direktiv 89/665. Henset til den målsætning om en effektiv og hurtig retsbeskyttelse, bl.a. gennem foreløbige forholdsregler, som dette direktiv forfølger, må det dog fastslås, at direktivets artikel 1, stk. 1, ikke tillader medlemsstaterne at betinge klageadgangen af, at den omhandlede procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt formelt er nået til et bestemt stadium.

39 Ud fra den betragtning, at overholdelsen af fællesskabsbestemmelserne som anført i anden betragtning til direktiv 89/665 især skal sikres på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør, må det fastslås, at en ordregivende

myndigheds viljestilkendegivelse i forbindelse med en kontrakt, som på en eller anden måde kommer til de berørte personers kendskab, kan gøres til genstand for en klage, såfremt denne viljestilkendegivelse går ud over det ovenfor i præmis 35 beskrevne stadium og kan have retsvirkninger. Indledning af konkrete kontraktforhandlinger med en interesseret udgør en sådan viljestilkendegivelse. I den forbindelse fremhæves den ordregivende myndigheds pligt til at sikre gennemsigtighed med henblik på at gøre det muligt at efterprøve, om fællesskabsbestemmelserne er blevet overholdt (HI-dommen, præmis 45).

40 For så vidt angår de personer, der har klageadgang, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det fremgår af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, at medlemsstaterne skal sikre, at der er adgang til klageprocedurerne i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse (jf. i denne retning dom af 24.6.2004, sag C-212/02, Kommissionen mod Østrig, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 24). Det er således ikke en betingelse, at den pågældende formelt har status af bydende eller ansøger.

41 På baggrund af det ovenfor anførte skal spørgsmål 1a), 1b) og 1c), besvares med, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at medlemsstaternes pligt til at sikre en effektiv og hurtig adgang til at indgive klage over beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder også omfatter beslutninger, der er truffet uden for rammerne af en formel udbudsprocedure og inden afholdelse af et formelt udbud, bl.a. beslutningen om, hvorvidt en bestemt kontrakt omfattes af det materielle og personelle anvendelsesområde for direktiv 92/50. Denne klageadgang er åben for enhver, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse, fra det tidspunkt, hvor der foreligger en viljestilkendegivelse fra den ordregivende myndighed, som kan have retsvirkninger. Medlemsstaterne kan således ikke betinge klageadgangen af, at proceduren for indgåelse af en offentlig kontrakt formelt er nået til et bestemt stadium.

Spørgsmål 2a) og 2b)

42 Med denne anden række spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en ordregivende myndighed, som har til hensigt at indgå en gensidigt bebyrdende aftale om udførelse af tjenesteydelser, der henhører under det materielle anvendelsesområde for direktiv 92/50, med et privatretligt selskab, som er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person, men som myndigheden ejer en majoritetsandel af og udøver en vis kontrol over, altid er forpligtet til at følge de udbudsprocedurer, som er fastsat i dette direktiv, alene med den begrundelse, at en privat virksomhed ejer en andel, om end kun en minoritetsandel, af kapitalen i det selskab, myndigheden ønsker at kontrahere med. Såfremt dette spørgsmål besvares benægtende, ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilke kriterier der skal være afgørende for, at den ordregivende myndighed ikke er underlagt en sådan forpligtelse.

43 Dette spørgsmål vedrører det særlige problem, om et såkaldt halvoffentligt selskab, som er stiftet og drives på privatretligt grundlag, er underlagt en ordregivende myndigheds forpligtelse til at anvende fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter, når de heri fastsatte betingelser er opfyldt.

44 Det skal i denne forbindelse først og fremmest bemærkes, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter som anført i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 1 er fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Dette indebærer en pligt for alle ordregivende myndigheder til at anvende de relevante fællesskabsbestemmelser, når de heri fastsatte betingelser er opfyldt.

45 Forpligtelsen til i et sådant tilfælde at anvende fællesskabsbestemmelserne bekræftes af, at begrebet »tjenesteyder« i artikel 1, litra c), i direktiv 92/50, dvs. »bydende« i

direktivets forstand, også omfatter et »offentligt organ, der tilbyder udførelse af tjenesteydelser (jf. dom af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037, præmis 28).

46 Alle undtagelser til denne forpligtelse må derfor fortolkes indskrænkende. Domstolen har således vedrørende anvendelsen af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse fastslået, at artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50, der giver mulighed for at anvende en sådan procedure, som en undtagelse til de regler, der skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i EF-traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige tjenesteydelsesaftaler, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 58).

47 Ud fra hensynet til den videst mulige adgang til de offentlige kontrakter, som fællesskabsbestemmelserne tilsigter, har Domstolen vedrørende Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) fastslået, at dette direktiv finder anvendelse, når en ordregivende myndighed ønsker at indgå en skriftlig, gensidigt bebyrdende aftale med et organ, som er juridisk forskellig fra myndigheden selv, hvorved det er uden betydning, om dette organ selv er en ordregivende myndighed (dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50 og 51). Det er her væsentligt at bemærke, at medkontrahenten i denne sag var en sammenslutning af flere ordregivende myndigheder, hvori den omhandlede ordregivende myndighed også deltog.

48 En offentlig myndighed, som er en ordregivende myndighed, kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne administrative, tekniske eller andre ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene. I

et sådant tilfælde kan der ikke være tale om en gensidigt bebyrdende aftale indgået med et organ, som juridisk er forskelligt fra den ordregivende myndighed selv. Fællesskabsbestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter finder således ikke anvendelse.

49 I henhold til Domstolens praksis er det ikke udelukket, at der kan foreligge andre omstændigheder, hvorunder afholdelse af et udbud ikke er obligatorisk, også selv om medkontrahenten er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person. Dette er således tilfældet, såfremt den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed, underkaster det selvstændige organ en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og såfremt det selvstændige organ udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, det ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, præmis 50). Det bemærkes, at det selvstændige organ i det nævnte tilfælde var fuldt ud ejet af offentlige myndigheder. Derimod udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel.

50 Det skal i denne forbindelse først bemærkes, at forholdet mellem en offentlig myndighed, som er en ordregivende myndighed, og dets egne tjenestegrene styres af hensyn og krav, som tjener forfølgelsen af almene formål. Derimod styres private investeringer i virksomheder af overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter.

51 For det andet bemærkes, at tildelingen af en offentlig kontrakt til en halvoffentlig virksomhed uden afholdelse af et udbud er i strid med målsætningen om en fri og ufordrejet konkurrence samt med princippet om ligebehandling af de interesserede parter, som er fastsat i direktiv 92/50, for så vidt som en sådan fremgangsmåde bl.a. giver den private virksomhed, som ejer en andel af den halvoffentlige virksomhed, en konkurrencefordel.

52 Spørgsmål 2a) og 2b), skal derfor besvares med, at en ordregivende myndighed, som har til hensigt at indgå en gensidigt bebyrdende aftale om udførelse af tjenesteydelser, der henhører under det materielle anvendelsesområde for direktiv 92/50, med et selskab, som er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person, men som den ordregivende myndighed ejer en andel af sammen med en eller flere private virksomheder, altid skal følge de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder for indgåelse af offentlige kontrakter.

53 På baggrund af denne besvarelse er det ufornødent at besvare den forelæggende rets øvrige spørgsmål.

Sagens omkostninger

54 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

1) Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anven-

delsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, det sidstnævnte direktiv som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997, skal fortolkes således, at medlemsstaternes pligt til at sikre en effektiv og hurtig adgang til at indgive klage over beslutninger truffet af de ordregivende myndigheder også omfatter beslutninger, der er truffet uden for rammerne af en formel udbudsprocedure og inden afholdelse af et formelt udbud, bl.a. beslutningen om, hvorvidt en bestemt kontrakt omfattes af det materielle og personelle anvendelsesområde for direktiv 92/50, som ændret. Denne klageadgang er åben for enhver, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse, fra det tidspunkt, hvor der foreligger en viljestilkendegivelse fra den ordregivende myndighed, som kan have retsvirkninger. Medlemsstaterne kan således ikke betinge klageadgangen af, at proceduren for indgåelse af en offentlig kontrakt formelt er nået til et bestemt stadium.

2) **En ordregivende myndighed, som har til hensigt at indgå en gensidigt bebyrdende aftale om udførelse af tjenesteydelser, der henhører under det materielle anvendelsesområde for direktiv 92/50, som ændret ved direktiv 97/52, med et selskab, som er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person, men som den ordregivende myndighed ejer en andel af sammen med en eller flere private virksomheder, skal altid følge de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder for indgåelse af offentlige kontrakter.**

Underskrifter