DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 11 januari 2005 *

I mål C-26/03,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Oberlandesgericht Naumburg (Tyskland), genom beslut av den 8 januari 2003, som inkom till domstolen den 23 januari 2003, i målet

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

mot

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna J.N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (referent), M. Ilešič och E. Levits,

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

med beaktande av det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgivits av:

— Stadt Halle, genom U. Jasper, Rechtsanwältin,

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

— Frankrikes regering, genom G. de Bergues och D. Petrausch, båda i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Finlands regering, genom T. Pynnä, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom K. Wiedner, i egenskap av ombud,

och efter att den 23 september 2004 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artikel 1.1 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), vilket i sin tur ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktiv 89/665). Begäran om förhandsavgörande rör också tolkningen av artiklarna 1 punkt 2 och 13.1 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 (EGT L 101, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/38).

2 Begäran har framställts i en tvist mellan Stadt Halle (staden Halle) (Tyskland) och bolaget RPL Recyclingpark Lochau GmbH (nedan kallat RPL Lochau) å ena sidan och bolaget Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (nedan kallat TREA Leuna) å den andra angående rättsenligheten, med hänsyn till de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, av att Stadt Halle tilldelat RPL Lochau ett kontrakt rörande avfallshanteringstjänster utan att offentligt infordra anbud. Aktiemajoriteten i RPL Lochau ägs av Stadt Halle och aktieminoriteten av ett privat bolag.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrättsliga bestämmelser

3 Enligt artikel 1 a i direktiv 92/50, i dess lydelse enligt direktiv 97/52 (nedan kallat direktiv 92/50), är "offentliga tjänsteavtal" "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet". I artikel 1 b i samma direktiv definieras "upphandlande myndigheter" som "statliga[*], regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt. Slutligen definieras "tjänsteleverantör" i artikel 1 c i detta direktiv som "varje fysisk eller juridisk person, inklusive offentliga organ, som erbjuder tjänster" [*I överensstämmelse med terminologin i övriga språkversioner av direktivet används nedan begreppet staten. Övers. anm.].

4 Enligt artikel 8 i direktiv 92/50 skall "[k]ontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga [I] A ... upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning[arna] III–VI". Dessa bestämmelser innehåller i huvudsak regler angående uppmaning till anbudsgivning samt publicering. I artikel 11.1 i samma direktiv föreskrivs att de

upphandlande myndigheterna vid offentlig upphandling av tjänster skall "tillämpa de förfaranden som definieras i artikel 1 d, e och f anpassade till detta direktivs syfte". De förfaranden som åsyftas i denna bestämmelse är "öppet förfarande", "selektivt förfarande" och "förhandlat förfarande".

5 Kategori 16 i bilaga I A till nämnda direktiv avser "[a]vlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster".

6 I artikel 7.1 a i direktiv 92/50 föreskrivs att direktivet skall tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster vilkas uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, "uppgår till minst 200 000 ecu".

7 Det framgår av andra och tredje skälen i direktiv 89/665 att dess syfte är att säkerställa efterlevnaden av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling genom snabba och effektiva rättsmedel, i synnerhet på ett stadium då överträdelser kan rättas till, med hänsyn till att det krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering när man öppnar upp det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens inom gemenskapen.

8 I detta syfte stadgas följande i artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt, vad beträffar upphandling inom ramen för direktiv ... I synnerhet skall prövningar göras skyndsamt enligt reglerna i följande artiklar, där särskilt uppmärksammas artikel 2.7 för de fall upphandlings-

beslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag.

...

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling ... och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning."

9 I artikel 2.1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att korrigera påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

b) antingen [undanröja] eller [låta undanröja] olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

..."

10 Av artikel 1 i direktiv 93/38 framgår följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

2) Offentliga företag: varje företag över vilket de offentliga myndigheterna har ett direkt eller indirekt avgörande inflytande till följd av ägarförhållande, ekonomiska intressen eller gällande regler. Avgörande inflytande anses föreligga, när de offentliga myndigheterna, direkt eller indirekt, i förhållande till företaget

— äger större delen av det bundna företagskapitalet, eller

— kontrollerar röstmajoriteten för företagets ägarbevis, eller

— äger utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa, verkställande eller övervakande ledningsorgan.

3) Anknutna företag: ... företag som den upphandlande enheten kan utöva ett bestämmande inflytande över, direkt eller indirekt, enligt [punkt] 2 ...

..."

11 I artikel 13 i direktiv 93/38 föreskrivs följande:

"1. Detta direktiv skall inte gälla för tjänstekontrakt som:

a) en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag,

...

förutsatt att mins. 80 procent av den genomsnittliga omsättningen för detta företag vad avser tjänster inom gemenskapen under de senaste tre åren härrör från tillhandahållandet av sådana tjänster till företag som de är anknutna till.

..."

Nationella bestämmelser

12 Det framgår av beslutet om hänskjutande att överprövning av offentlig upphandling i tysk rätt regleras i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar). Enligt 102 § i denna lag kan "tilldelning av offentliga kontrakt" överprövas. Anbudsgivaren eller anbudssökanden har en subjektiv rätt att kräva iakttagande av "bestämmelser som reglerar förfarandet för offentlig upphandling", som gör det möjligt för denne att göra sina rättigheter enligt 97 § punkt 7 i samma lag gällande gentemot den upphandlande myndigheten "avseende en handling eller en underlåtenhet inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling ...".

13 I beslutet om hänskjutande har uppgivits att ansökan om överprövning av offentlig upphandling, enligt en uppfattning som återfinns i delar av tysk rättspraxis och doktrin, på grundval av dessa bestämmelser förutsätter att anbudsgivarens avsikt är att den upphandlande myndigheten skall förpliktas att uppträda på ett visst sätt inom ramen för ett pågående formellt förfarande om offentlig upphandling. Detta betyder att det är omöjligt att ansöka om överprövning om den upphandlande myndigheten har beslutat att inte offentligt infordra anbud och att inte inleda ett formellt upphandlingsförfarande. Denna uppfattning motsägs dock av annan rättspraxis och doktrin.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Stadt Halle genom beslut i stadsfullmäktige den 12 december 2001 tilldelade RPL Lochau uppdraget att utarbeta ett projekt avseende förbehandling, återvinning och förstöring av avfall utan att ha genomfört något formellt upphandlingsförfarande. Samtidigt beslutade Stadt Halle, likaså utan anbudsinfordran, att inleda förhandlingar med RPL Lochau om ett kontrakt angående hantering av stadens restavfall från den 1 juni 2005. Nämnda bolag har uppgivits vara finansiären bakom uppförandet av den termiska anläggningen för bortskaffande och återvinning av avfall.

15 RPL Lochau är ett aktiebolag som bildades år 1996. Det ägs till 75,1 procent av Stadtwerke Halle GmbH, som i sin tur ägs till 100 procent av Stadt Halle genom Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, och till resterande 24,9 procent av ett privat aktiebolag. Den nationella domstolen har definierat RPL Lochau som ett "halvoffentligt bolag" och har påpekat att denna fördelning av aktierna överenskoms och intogs i bolagsordningen först i slutet av år 2001, då det kunde förutses att bolaget skulle få uppdraget att genomföra det aktuella projektet.

16 Den nationella domstolen har även anmärkt att RPL Lochaus syfte är att driva återvinnings- och avfallshanteringsanläggningar. Vid bolagsstämma fattas beslut antingen med enkel majoritet eller med mins. 75 procent av rösterna. Den affärsmässiga och tekniska ledningen av detta bolag är för närvarande anförtrodd ett tredje företag. Stadt Halle är bland annat behörig att utföra revision.

17 Efter att ha fått kännedom om tilldelningen av kontraktet utan tillämpning av det förfarande som fastställts genom de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, motsatte sig TREA Leuna, som också var intresserat av att få utföra nämnda tjänster, Stadt Halles beslut och ansökte om överprövning vid avdelningen för offentlig upphandling vid Regierungspräsidium Halle i syfte att Stadt Halle skulle förpliktas att genomföra en offentlig anbudsinfordran.

18 Stadt Halle gjorde till sitt försvar gällande att ansökan, enligt de nationella bestämmelser som avses i punkterna 12 och 13 ovan, inte kunde prövas i sak, eftersom den upphandlande myndigheten inte hade inlett ett formellt upphandlingsförfarande. RPL Lochau påstods för övrigt snarast utgöra en del av Stadt Halle, med tanke på att bolaget kontrolleras av staden. Det var således fråga om en "intern transaktion" som inte omfattades av skyldigheten att infordra anbud.

19 Överprövningsinstansen biföll TREA Leunas ansökan och fann att den upphandlande myndighetens beslut måste kunna prövas även när inget upphandlingsförfarande genomförts. Den fann även att det i detta fall inte kunde vara fråga om en "intern transaktion", med tanke på att det privata minoritetsägandet översteg det tröskelvärde på 10 procent, då det enligt de tyska bestämmelserna om aktiebolag föreligger en minoritet med särskilda, bestämda rättigheter. Den fann även att det med tillräcklig visshet kunde förutses att endast 61,25 procent av RPL Lochaus kapacitet skulle utnyttjas för den verksamhet som bedrevs för Stadt Halles räkning, så att företaget, för att få avsättning för återstoden av sin kapacitet, var tvunget att ta in order på den marknad där det verkade.

20 Oberlandesgericht Naumburg, som prövar Stadt Halles överklagande, beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1 a) Medför artikel 1.1 i [direktiv 89/665] att medlemsstaterna skall säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av den upphandlande myndighetens beslut att vid upphandling av tjänster inte infordra anbud enligt det förfarande som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling?

b) Medför artikel 1.1 i direktiv 89/665 att medlemsstaterna skall säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av beslut av den upphandlande myndigheten som fattats före en formell anbudsinfordran, och särskilt beslutet i de preliminära frågorna huruvida en viss upphandling skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på eller om upphandlingsrätten undantagsvis inte skall tillämpas?

c) Om den [första] frågan [punkt a] skall besvaras jakande och den [första] frågan [punkt b] skall besvaras nekande, anses då en medlemsstat uppfylla sin skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning mot den upphandlande myndighetens beslut att tilldela ett kontrakt på annat sätt än genom ett förfarande i enlighet med bestämmelserna i direktiven om offentlig upphandling, när ansökan om överprövning inte kan framställas innan förfarandet formellt nått ett bestämt stadium, till exempel inledandet av muntliga eller skriftliga förhandlingar med tredje man?

2 a) När en upphandlande myndighet, såsom en regional eller lokal myndighet, har för avsikt att ingå ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor om upphandling av tjänster som omfattas av tillämpningsområdet för [direktiv 92/50] med formellt fristående enhet — nedan kallad avtalsparten — och detta avtal inte skulle utgöra ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 92/50 ifall avtalsparten ansågs tillhöra den offentliga förvaltningen eller ingå i den upphandlande myndighetens verksamhet — nedan kallad egen verksamhet som undantagits från upphandlingsbestämmelserna — medför då den omständigheten att ett privat bolag äger aktier i avtalsparten alltid att en sådan ställning är utesluten?

b) Om den [andra] frågan [punkt a] skall besvaras nekande, vilka kriterier skall då användas för att avgöra huruvida en avtalspart bland vars aktieägare det ingår ett privat bolag — nedan kallat ett halvoffentligt bolag — skall anses tillhöra den offentliga förvaltningen eller ingå i den upphandlande myndighetens verksamhet?

I synnerhet:

— Skall ett halvoffentligt bolag anses ingå i den upphandlande myndighetens verksamhet i fråga om uppbyggnad och kontroll när den upphandlande myndigheten "kontrollerar" det i, till exempel, den mening som avses i artiklarna 1.2 och 13.1 i direktiv 93/38, i dess lydelse enligt [akten om villkoren för Republiken Österrikes, Republiken Finlands och

Konungariket Sveriges anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen] (EGT C 241, 1994, s. 21 och EGT L 1, 1995, s. 1), och Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG [av den 16 februari 1998 om ändring av direktiv 93/38, EGT L 101, s. 1]?

— Medför varje inflytande som den privata aktieägaren har över avtalspartens strategiska mål eller individuella beslut angående ledningen av verksamheten att det halvoffentliga bolaget inte skall anses ingå i den upphandlande myndighetens verksamhet?

— Skall ett halvoffentligt bolag anses ingå i den upphandlande myndighetens verksamhet i fråga om uppbyggnad och kontroll när, såvitt avser upphandlingsförfarandet i fråga, den upphandlande myndigheten endast har en omfattande rätt i frågor om ingående av avtal och tillhandahållande av tjänster med avseende på detta?

— Skall ett halvoffentligt bolag anses ingå i den upphandlande myndighetens verksamhet i fråga om att utföra en väsentlig del av dennas verksamhet tillsammans med denna när åtminstone 80 procent av bolagets genomsnittliga omsättning i tjänstesektorn inom gemenskapen under de tre senaste åren härrört från tjänster som det tillhandahållit den upphandlande myndigheten eller företag med anknytning till den eller som utgjort en del av den upphandlande myndigheten — eller, när det halvoffentliga bolaget inte funnits i tre år, det förväntas uppfylla detta krav på 80 procent?"

Tolkningsfrågorna

21 För att ge den nationella domstolen ett användbart och sammanhängande svar skall de frågor som ställts delas in i två grupper utifrån deras innehåll och syfte och bedömas var för sig.

Den första frågan, punkterna a, b och c

22 Den nationella domstolen har ställt den första serien av frågor för att få klarhet i om artikel 1.1 i direktiv 89/665 skall tolkas så, att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av den upphandlande myndighetens beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt det beslut som avser att utreda om ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på, och från vilken tidpunkt under ett upphandlingsförfarande som medlemsstaterna är skyldiga att ge en anbudsgivare, en anbudssökande eller en intresserad person en möjlighet att ansöka om överprövning.

23 Det skall i detta avseende först och främst påpekas att direktiv 92/50 enligt första och andra skälen i detta antogs som en del av de åtgärder som krävdes för att genomföra den inre marknaden, det vill säga ett område utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital garanteras. Det framgår av fjärde och femte skälen i samma direktiv att dess syfte är att öppna upp marknaderna för offentliga tjänster på lika villkor och under insyn, varför direktivet skall tillämpas på samtliga upphandlande myndigheter.

24 Det bör vidare understrykas att det av bestämmelserna i direktiv 92/50 tydligt framgår under vilka villkor som bestämmelserna i avdelningarna III–VI i direktivet måste tillämpas av samtliga upphandlande myndigheter. Undantagen från tillämpningen av dessa bestämmelser framgår av en uttömmande uppräkning i själva direktivet.

25 Följaktligen skall den offentliga upphandlingen i fråga, enligt artikel 8 i direktiv 92/50 jämförd med artikel 11.1 i samma direktiv, genomföras i enlighet med bestämmelserna i avdelningarna III–VI i direktivet när dessa villkor är uppfyllda, alltså när transaktionen skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktivet eller till den personkrets som det är tillämpligt på, det vill säga vara föremål för en anbudsinfordran och offentliggöras på ett godtagbart sätt.

26 Denna skyldighet åligger de upphandlande myndigheterna, utan åtskillnad mellan sådan offentlig upphandling som avser deras uppgift att tillgodose allmänna intressen och sådan som inte är kopplad till denna uppgift (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., REG 1998, s. I-73, punkt 32).

27 För att ge den nationella domstolen ett svar, skall domstolen undersöka begreppet "upphandlande myndighets beslut", som förekommer i artikel 1.1 i direktiv 89/665. Eftersom detta begrepp inte uttryckligen har definierats i direktivet, skall dess räckvidd avgränsas på grundval av ordalydelsen i de relevanta bestämmelserna i direktivet och utifrån dess syfte att säkerställa tillgång till effektiv och skyndsam rättslig prövning.

28 Enligt ordalydelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665, där formuleringen "vad beträffar upphandling[sförfaranden]" används, förutsätts att varje beslut som fattas av en upphandlande myndighet som omfattas av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa skall

kunna bli föremål för rättslig prövning enligt artikel 2.1 a och b i detta direktiv (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 37, och av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki, REG 2003, s. I-1091, punkt 68). Här hänvisas alltså på ett allmänt sätt till en upphandlande myndighets beslut utan att det görs någon åtskillnad mellan dessa beslut beroende på deras innehåll eller den tidpunkt då de fattades.

29 I artikel 2.1 b i direktiv 89/665 fastställs för övrigt möjligheten att undanröja rättsstridiga beslut av de upphandlande myndigheterna som har samband med tekniska och andra specifikationer som anges i själva anbudsinfordran eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingsförfarandet. Denna bestämmelse kan följaktligen omfatta handlingar som innehåller beslut som fattats vid en tidpunkt då ingen formell anbudsinfordran skett.

30 Denna vida tolkning av begreppet upphandlande myndighets beslut bekräftas av domstolens rättspraxis. Domstolen har redan tidigare konstaterat att bestämmelsen i artikel 1.1 i direktiv 89/665 inte innehåller någon begränsning vad gäller arten av eller innehållet i de beslut som avses i artikeln i fråga (dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl., REG 1999, s. I-7671, punkt 35). En sådan begränsning kan inte heller utläsas ur ordalydelsen i artikel 2.1 b i det nämnda direktivet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkt 32). En restriktiv tolkning av begreppet beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning skulle för övrigt inte vara förenlig med bestämmelsen i artikel 2.1 a i samma direktiv, enligt vilken medlemsstaterna skall föreskriva en möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder beträffande alla beslut som upphandlande myndigheter fattar (domen i det ovannämnda målet HI, punkt 49).

31 I linje med denna vida tolkning av begreppet beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning har domstolen fastställt att den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås, genom vilket myndigheten beslutar vilken anbudsgivare som skall tilldelas kontraktet, alltid skall kunna bli föremål för ansökan om överprövning, oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts (domen i det ovannämnda målet Alcatel Austria m.fl., punkt 43).

32 Med hänvisning till syftet med direktiv 92/50 att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster liksom till syftena med direktiv 89/665, dess ordalydelse och systematik, har domstolen även fastställt att en ansökan om överprövning enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 skall kunna riktas mot den upphandlande myndighetens beslut att dra tillbaka sin anbudsinfordran vid en offentlig upphandling av tjänster (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet HI, punkt 55).

33 I detta avseende kan den upphandlande myndighetens beslut att inte inleda ett offentligt upphandlingsförfarande, som generaladvokaten har påpekat i punkt 23 i sitt förslag till dom, betraktas som jämförbart med dess beslut att avsluta ett sådant förfarande. När en upphandlande myndighet beslutar att inte inleda ett upphandlingsförfarande av den anledningen att kontraktet i fråga enligt dess mening inte faller inom tillämpningsområdet för de relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelserna, är ett sådant beslut det allra första som kan underkastas rättslig prövning.

34 Med hänsyn till denna rättspraxis, liksom till syftena med direktiv 89/665, dess ordalydelse och systematik, och för att upprätthålla direktivets ändamålsenliga verkan, blir slutsatsen att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665, oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte.

35 Ansökan om överprövning kan inte riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling.

36 På grundval av dessa överväganden finns det inte skäl att godta Stadt Halles resonemang, enligt vilket det i direktiv 89/665 inte ställs krav på rättslig prövning när det inte föreligger ett formellt upphandlingsförfarande och enligt vilket ansökan om överprövning inte kan riktas mot den upphandlande myndighetens beslut att inte inleda ett sådant förfarande, och för övrigt inte heller mot ett beslut som syftar till att klargöra huruvida ett offentligt kontrakt faller inom tillämpningsområdet för de relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

37 Ett sådant resonemang skulle få till följd att tillämpningen av de relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelserna blev valfri, efter varje upphandlande myndighets eget gottfinnande. Denna tillämpning är dock obligatorisk när förutsättningarna enligt bestämmelserna är uppfyllda. En sådan valfrihet skulle kunna leda till att en upphandlande myndighet på allvarligaste vis åsidosatte gemenskapsrätten på området offentlig upphandling. Den skulle påtagligt begränsa de möjligheter till en effektiv och skyndsam rättslig prövning som direktiv 89/665 syftar till och undergräva de målsättningar som eftersträvas genom direktiv 92/50, det vill säga fri rörlighet för tjänster och öppen, icke snedvriden, konkurrens på detta område i alla medlemsstater.

38 Vad gäller den tidpunkt från och med vilken det är möjligt att ansöka om överprövning skall anmärkas att någon sådan tidpunkt inte formellt har fastställts genom direktiv 89/665. Med hänsyn till syftet med detta direktiv — att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning, särskilt genom interimistiska åtgärder — måste dock slutsatsen bli att medlemsstaterna enligt artikel 1.1 i direktivet inte kan låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om förfarandet formellt har nått ett bestämt stadium.

39 Med hänsyn till att efterlevnaden av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, enligt andra skälet i nämnda direktiv, skall säkerställas på ett stadium då överträdelsen fortfarande kan rättas till, blir slutsatsen att ansökan om överprövning kan riktas

mot en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida angående ett kontrakt, som intresserade personer på något sätt får kännedom om, så snart som denna yttring har passerat det stadium som avses i punkt 35 ovan och kan ha rättslig verkan. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person utgör en sådan viljeyttring. Det skall i detta avseende påminnas om det krav på insyn som åligger den upphandlande myndigheten för att det skall vara möjligt att kontrollera att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna efterlevs (domen i det ovannämnda målet HI, punkt 45).

40 Vad beträffar vilka personer som kan ansöka om överprövning, är det tillräckligt att konstatera att medlemsstaterna, enligt artikel 1.3 i direktiv 89/665, skall säkerställa att ett prövningsförfarande införs och att det kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2004 i mål C-212/02, kommissionen mot Österrike, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 24). En formell ställning som anbudsgivare eller anbudssökande krävs således inte.

41 Till följd av föregående överväganden skall den första tolkningsfrågan, punkterna a, b och c, besvaras på följande sätt. Artikel 1.1 i direktiv 89/665 skall tolkas så, att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt det beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt har nått ett bestämt stadium.

Den andra tolkningsfrågan, punkterna a och b

42 Den nationella domstolen har ställt den andra serien av frågor, som det är lämpligt att bedöma gemensamt, för att få klarhet i om de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktiv 92/50 alltid skall tillämpas när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende tjänster som omfattas av det materiella tillämpningsområdet för detta direktiv när avtalsparten är ett privaträttsligt bolag som är rättsligt fristående från myndigheten men ägs till större delen och i viss mån kontrolleras av denna, enbart därför att bolaget i fråga till viss del ägs av ett privat företag, även om detta är en minoritetsägare. Om svaret på den frågan är nekande, vill den nationella domstolen få klarlagt vilka kriterier som avgör huruvida den upphandlande myndigheten omfattas av en sådan skyldighet.

43 Denna fråga hänger samman med den särskilda ställning som ett "halvoffentligt" bolag, som bildats och verkar i enlighet med civilrättens regler, har med hänsyn till en upphandlande myndighets skyldighet att tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling när förutsättningarna för detta är uppfyllda.

44 I detta avseende skall för det första påminnas om huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling, vilket nämnts i samband med svaret på den första tolkningsfrågan, det vill säga fri rörlighet för tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. Detta förutsätter att varje upphandlande myndighet är skyldig att tillämpa de relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelserna när förutsättningarna för detta är uppfyllda.

45 Skyldigheten att i ett sådant fall tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna bekräftas av det faktum att begreppet tjänsteleverantör i artikel 1 c i direktiv 92/50,

det vill säga anbudsgivaren när det gäller tillämpningen av detta direktiv, även innefattar "offentliga organ, som erbjuder tjänster" (se dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE, REG 2000, s. I-11037, punkt 28).

46 Varje undantag från denna skyldighet skall således tolkas strikt. Domstolen har följaktligen fastställt, vad gäller ansökan om överprövning av ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, att artikel 11.3 i direktiv 92/50, i vilken ett sådant förfarande föreskrivs, skall vara föremål för en restriktiv tolkning i den mån den utgör ett undantag från de regler som avser att säkerställa de rättigheter som fastställs i EG-fördraget på området för offentlig upphandling av tjänster och att det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 58).

47 Utifrån syftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, har domstolen, beträffande rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s.1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), fastställt att detta direktiv är tillämpligt när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet (dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkterna 50 och 51). Det är relevant att påpeka att avtalsparten i det målet var en grupp bestående av flera upphandlande myndigheter, som även den upphandlande myndigheten i fråga ingick i.

48 En offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel — administrativa, tekniska och andra — utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska

villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling skall då inte tillämpas.

49 Enligt domstolens rättspraxis är det inte uteslutet att det kan finnas andra omständigheter under vilka anbudsinfordran inte är obligatorisk även om avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. Så är fallet om den offentliga myndigheten, som är en upphandlande myndighet, utövar en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50). Det skall erinras om att den fristående enheten i nämnda mål ägdes helt av offentliga myndigheter. Att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet.

50 I detta avseende skall för det första anmärkas att sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas. Privata investeringar i företag styrs däremot alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften.

51 För det andra skulle tilldelningen av ett offentligt kontrakt till ett halvoffentligt företag utan anbudsinfordran undergräva målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling av intresserade personer, som föreskrivs i direktiv 92/50, särskilt såtillvida som ett sådant tillvägagångssätt skulle ge ett privat företag som äger en del av detta företag en fördel gentemot sina konkurrenter.

52 Den andra tolkningsfrågan, punkterna a och b, skall följaktligen besvaras så, att när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende tjänster som omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av myndigheten tillsammans med ett eller flera privata företag, skall de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i nämnda direktiv alltid tillämpas.

53 Med hänsyn till detta svar finns det inte anledning att besvara övriga frågor från den nationella domstolen.

Rättegångskostnader

54 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttranden till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

På dessa grunder beslutar domstolen (första avdelningen) följande dom:

1) **Artikel 1.1 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig**

upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, vilket i sin tur ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, skall tolkas så, att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av den upphandlande myndighetens beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt ett beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 i dess ändrade lydelse eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt har nått ett bestämt stadium.

2) **När en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende tjänster som omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50, i dess lydelse enligt direktiv 97/52, med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av denna tillsammans med ett eller flera privata företag, skall de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i detta direktiv alltid tillämpas.**

Underskrifter