FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 11. maj 2000 *

I — Indledning

1. I denne præjudicielle sag har High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, forelagt Domstolen spørgsmål vedrørende fortolkningen af begrebet ordregivende myndighed. Spørgsmålet drejer sig navnlig om, hvilke betingelser der skal foreligge for, at et offentligretligt organ »for mere end halvdelens vedkommende finansieres« af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, og derfor skal betragtes som en ordregivende myndighed i udbudsdirektivernes forstand.

2. Dette spørgsmål er rejst under en sag anlagt af Cambridge University (herefter »sagsøgeren« eller »universitetet«) mod H.M. Treasury (herefter (»Finansministeriet«). Sagsøgeren har anlagt sag til prøvelse af Finansministeriets forslag om at fastholde universiteterne i Det Forenede Kongerige på fortegnelsen over offentligretlige organer i bilag I til direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [1] med tilføjelse af sætningen »for mere end halvdelens vedkommende finansieret af andre ordregivende myndigheder«.

II — Relevante bestemmelser

1. *Fællesskabsretlige bestemmelser*

3. Artikel 1 i direktiv 93/37 definerer begrebet ordregivende myndighed som følger:

»I dette direktiv forstås ved:

...

1 — EFT L 199, s. 54, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 328, s. 1).

* — Originalsprog: tysk.

b) '*ordregivende myndigheder*', staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved '*offentligretligt organ*' forstås ethvert organ:

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og

— som er en juridisk person, og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit i dette litra, findes i bilag I [...]

c)-h) ...«

4. Denne bestemmelse er stort set identisk med artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [2] og i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler [3].

5. Med hensyn til Det Forenede Kongerige indeholder fortegnelsen over de offentligretlige organer og kategorier af organer, der er opregnet i bilag I, »universities and polytechnics, maintained schools and colleges« (universiteter og polytekniske læreanstalter, offentligt støttede skoler og læreanstalter).

2 — EFT L 209, s. 1.

3 — EFT L 199, s. 1. De to nævnte direktiver blev også ændret ved (det i fodnote 1 nævnte) direktiv 97/52.

6. Artikel 35 i direktiv 93/37 fastlægger den fremgangsmåde, der skal følges ved ændring af bilag I. Efter denne fremgangsmåde ændrer Kommissionen bilag I med henblik på at sikre, at det i så høj grad som muligt er i overensstemmelse med de faktiske forhold.

2. *Nationale bestemmelser*

7. Udbudsdirektiverne er blevet gennemført i national ret ved følgende bestemmelser:

— direktiv 92/50 ved The Public Services Contracts Regulations 1993 (S.I. 1993/3228)

— direktiv 93/36 ved The Public Supply Contracts Regulations 1995 (S.I. 1995/201)

— direktiv 93/37 ved The Public Works Contracts Regulations 1991 (S.I. 1991/2680).

8. Disse regulations gengiver ikke bilag I til direktiv 93/37. De indeholder derimod en definition af offentligretlige organer, som er baseret på den definition, der er givet i fællesskabsretten.

III — Sagens faktiske omstændigheder

9. I 1995 og 1996 gjorde »Committee of Vice-Chancellors and Principals of the Universities« (Udvalget for Universiteternes Rektorer og Direktører) over for Finansministeriet gældende, at direktiverne om offentlige kontrakter ikke fandt almindelig anvendelse på universiteterne, hvorfor den henvisning til »Universiteter«, der for Det Forenede Kongerige var indeholdt i bilag I til direktiv 93/37, som direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 henviser til, skulle ophæves.

10. Den 17. januar 1997 foreslog Finansministeriet Kommissionen følgende ændring: »Universiteter... hvis drift for mere end halvdelens vedkommende finansieres af andre ordregivende myndigheder« (»universities... financed for the most part by other contracting authorities«). Dette forslag skulle gøre direktivernes anvendelse på universiteter mere fleksibel. Kommissionen har endnu ikke vedtaget forslaget.

11. Universitetet var ikke enig i Finansministeriets ændringsforslag. Ved stævning af 7. november 1996 vedrørende domstolsprøvelse anmodede universitetet om tilladelse til at anfægte Finansministeriets opfattelse ved High Court of Justice. Uni-

versitetets anmodning om domstolsprøvelse blev imødekommet med den begrundelse, at den vedrørte spørgsmålet om den rette fortolkning af udtrykket, »hvis drift... for mere end halvdelens vedkommende finansieres« (af en eller flere ordregivende myndigheder).

12. Parterne har under hovedsagen erkendt, at de fleste universiteter i Det Forenede Kongerige, navnlig University of Cambridge, ganske vist er blevet oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og at de er juridiske personer. De har imidlertid gjort gældende, at deres drift ikke er underlagt andre ordregivende myndigheders kontrol, og at disse heller ikke udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i universiteternes administrations-, ledelses- eller tilsynsorganer. Derfor er det eneste spørgsmål, der er relevant i sagen, om universiteterne er »finansieret for mere end halvdelens vedkommende af en eller flere ordregivende myndigheder«.

13. Den nationale ret har i forelæggelseskendelsen bl.a. henvist til den omstændighed, at universiteterne i Det Forenede Kongerige finansieres forskelligt, og at de ikke alle modtager finansiering fra ordregivende myndigheder. De økonomiske midler, universiteterne oppebærer, hidrører fra forskellige kilder, betales med forskellige formål for øje og af forskellige grunde; hertil kommer, at den måde, de økonomiske midler modtages på, også er forskellig.

14. De økonomiske midler for universiteterne i Det Forenede Kongerige, der er nævnt af den forelæggende ret samt af sagsøgeren, er:

1. a) Økonomiske midler bevilget af Higher Education Funding Councils (Finansieringsrådene for de Højere Uddannelser) og Teacher Training Agency (Læreruddannelsesdirektoratet), som selv er ordregivende myndigheder. Mere end 90% af forskningsbevillingerne bevilges på grundlag af forskningens kvalitet, som bedømmes regelmæssigt. Universitetet kan herefter selvstændigt afgøre, hvordan disse midler skal fordeles.

b) Bevillinger fra »Research Councils« (Forskningsrådene), der selv har status som »ordregivende myndigheder«, som tildeles et universitet på grundlag af en individuel ansøgning fra ansøgere, der ønsker at gennemføre et bestemt forskningsprojekt, som Forskningsrådene ikke har nogen direkte interesse i, og hvor pengene betales til universitetet. Støtten fra Forskningsrådene tildeles de individuelle

ansøgere på grundlag af en meritvurdering af disse ansøgere. Hvis ansøgeren flytter til et andet universitet, vil finansieringen blive flyttet til det nye universitet.

2. Betaling for tjenesteydelser og forskningsydelser bestilt af og til brug eller gavn for velgørende institutioner, af industri- og handelsvirksomheder, regeringsorganer og andre institutioner.

3. Undervisningsgebyrer, som betales direkte til universiteterne af de lokale uddannelsesmyndigheder (anerkendt som ordregivende myndigheder). Denne finansiering ydes i form af støtte til de studerende under hensyntagen til de undervisningsgebyrer, der skal betales. Mange studerende opfylder betingelserne for at modtage en lovbestemt støtte eller i det mindste en skønsbaseret støtte fra de udbetalende myndigheder; andre må selv finde midlerne til at betale, eller de finansieres fra udlandet.

4. Andre finansieringskilder, som f.eks. tilrådighedsstillelse af boligfaciliteter og restaurationsydelser samt gaver og legater.

15. High Court of Justice har vedlagt sin præjudicielle anmodning følgende oversigt over de enkelte indkomstkilder ifølge universitetets (Cambridge) regnskab for 1997 i procent af de samlede indtægter:

Tilskud fra Funding Council og Teacher Training Agency	30
Undervisningsgebyrer og støttebetalinger	14
Heraf:	
Indenlandske og EU-studerende (herunder enkelte selvfinansierende studerende)	9
Ikke-EU-studerende	5
Forskningsstøtte og kontrakter	33
Heraf:	
Forskningsstøtte	14
Tilskud fra og kontrakter med andre offentlige og private organer	19
Andre driftsindtægter	12
Heraf:	
Restaurationsydelser	1
Overført fra Local Examinations Syndicate	3
Sundheds- og hospitalsmyndigheder	2
Nedslag i merværdiafgift	1
Andre indtægter	5
Legater og renteindtægter	11
I alt	100.

16. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at en korrekt fortolkning af udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende finansieres« er afgørende for, om universitetet skal betragtes som en ordregivende myndighed. Derfor har retten forelagt Domstolen følgende fire præjudicielle spørgsmål.

IV — De forelagte spørgsmål

»1) Idet artikel 1 i Rådets direktiv 92/50/EØF, i Rådets direktiv 93/37/EØF og i Rådets direktiv 93/36/EØF (herefter 'direktiverne') nævner organer, »hvis drift... for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer«, spørges, hvilke beløb der omfattes af udtrykket »hvis drift... finansieres af (en eller flere ordregivende myndigheder)«? For så vidt angår betalinger til en institution som Cambridge University spørges navnlig, om udtrykket omfatter:

a) tilskud, som betales af en eller flere ordregivende myndigheder til støtte for forskningsarbejde

b) vederlag, som betales af en eller flere ordregivende myndigheder for levering af tjenesteydelser, der omfatter forskningsarbejde

c) vederlag, der betales af en eller flere ordregivende myndigheder for levering af andre tjenesteydelser, såsom rådgivning eller tilrettelæggelse af konferencer

d) støtte til studerende, som de lokale uddannelsesmyndigheder betaler til universiteterne, og som svarer til undervisningsgebyr for navngivne studerende?

2) Hvilken betydning — procentdel eller andet — har udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende« i direktivernes artikel 1?

3) Såfremt udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende« defineres som et procenttal, er beregningen begrænset til at omfatte finansieringskilder for akademiske og lignende formål, eller skal den også omfatte finansiering, der opnås i forbindelse med forretningsmæssig virksomhed?

4) For hvilken periode skal beregningen foretages med henblik på afgørelsen af, om et universitet er en 'ordregivende myndighed' i relation til et konkret indkøb, og hvorledes skal der tages hensyn til forudsigelige eller fremtidige ændringer?»

17. Sagsøgeren, Det Forenede Kongeriges regering, den nederlandske regering og den østrigske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg, mens den franske regering har afgivet mundtligt indlæg. Jeg vil komme tilbage til parternes indlæg.

V — Stillingtagen

1. *Foreløbige bemærkninger*

18. Det skal først afgøres, om det er den bestående henvisning til universiteter i fortegnelsen for Det Forenede Kongerige i bilag I til direktiv 93/37 eller den foreslåede ændring af fortegnelsen, der skal tillægges retsvirkninger i nærværende sag.

a) Parternes argumenter

19. Den nederlandske regering er af den opfattelse, som blev støttet af Det Forenede Kongerige under den mundtlige forhandling, at bilag I kun er vejledende. Regeringen har gjort gældende, at den vejledende karakter følger dels af artikel 35 i direktiv 93/37, der fastsætter fremgangsmåden for ændring af dette bilag, dels af Kommissionens svar af 16. juni 1992 på skriftlig forespørgsel nr. 1443/92 [4].

b) Stillingtagen

20. Som den nederlandske regering med rette har gjort gældende, findes den relevante definition af begrebet »ordregivende myndigheder« i direktivernes artikel 1, litra b). Afgørelsen af, om et organ omfattes af dette begreb eller ej, skal alene træffes på grundlag af de kriterier, der findes i denne artikel. Optagelse i denne fortegnelse har ikke bindende virkning. Artikel 1, litra b), der bestemmer, at fortegnelserne skal være så fuldstændige som muligt, og artikel 35 i direktiv 93/37, der regulerer den fremgangsmåde, der skal følges ved ændring af disse fortegnelser, viser tilstrækkelig klart, at ændringer er mulige og kan kræves, når de organer, der opregnes i fortegnelsen, ikke længere opfylder de i direktivets artikel 1, litra b), nævnte kriterier. Denne fortegnelse er heller ikke udtømmende,

4 — EFT 1992 C 309, s. 43.

men skal suppleres, når det viser sig nødvendigt.

21. Fortolkningen af direktivets artikel 1, litra b), tredje afsnit, afhænger derfor ikke af bilag I til direktiv 93/37.

2. *Det første spørgsmål*

a) Parternes argumenter

22. *Sagsøgeren* er af den opfattelse, at formålet med direktiv 93/36, 93/37 og 92/50 er at opstille særlige krav til organer, som staten er i stand til at udøve en aktuel eller potentiel kontrol over i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter. Sagsøgeren har i den forbindelse påberåbt sig Domstolens praksis [5]. Formålet med direktiverne er at forhindre, at det indre marked fordrejes. Hvis et organ ikke er underlagt en sådan kontrol, eller såfremt denne kontrol kun er rent teoretisk, kan direktiverne ifølge sagsøgeren ikke finde anvendelse.

23. Ifølge sagsøgeren skal spørgsmålet om, hvorvidt staten udøver en sådan kontrol, afgøres på grundlag af kvalitative og kvantitative kriterier. Et organ bliver ikke et offentligretligt organ, blot fordi en anden ordregivende myndighed yder den et vist antal betalinger, idet det ikke er alle betalinger, der giver den ordregivende myndighed en sådan kontrol. Finansieringens formål skal også tages i betragtning. De eneste betalinger, der kan anses for finansiering fra en ordregivende myndighed, er de betalinger, der gør det muligt for det omhandlede organ at udføre dets væsentligste opgaver — for så vidt angår universiteter eksempelvis undervisning og forskning — og som derfor giver den ordregivende myndighed, der foretager betalingerne, mulighed for at udøve en direkte eller indirekte kontrol over tildelingen af offentlige kontrakter. Sagsøgeren har også under den mundtlige forhandling gjort gældende, at såfremt en videre definition fandt anvendelse, kunne også kirker, religiøse organisationer, partier, velgørende institutioner støttet af staten eller spil, som staten administrerer, anses for offentligretlige organer, hvis de finansieres med offentlige midler. Begrebet »finansiering« henviser under alle omstændigheder til betalinger foretaget for at gøre det muligt for universitetet at varetage dets hovedopgaver. Finansiering af visse forskningsprojekter eller andre former for finansiering, som f.eks. gaver, falder derfor uden for den omhandlede definition. Hertil kommer, at eftersom de former for finansiering, der er opregnet i den præjudicielle anmodnings første spørgsmåls punkt a) og b), ikke giver den ordregivende myndighed nogen kon-

5 — Dom af 17.12.1998, sag C-306/97, Connemara Machine Turf, Sml. I, s. 8761, generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 13.3.1991 i sag C-247/89, Kommissionen mod Portugal (dom af 11.7.1991, Sml. I, s. 3659, og navnlig s. 3670), dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (Sml. I, s. 73, præmis 18 — der menes præmis 28), af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 8, og generaladvokat van Gerven's forslag til afgørelse af 8.5.1990 i sag C-188/96, Foster m.fl. (dom af 12.7.1990, Sml. I, s. 3313, og navnlig s. 3326, punkt 13 og 16).

trol over tildelingen af offentlige kontrakter, skal de ikke anses for finansiering i den omhandlede bestemmelses forstand.

24. *Det Forenede Kongeriges regering* har anført, at alle de finansielle midler, der stilles til rådighed af en ordregivende myndighed, og som tjener til opfyldelse af opgaver inden for undervisningsområdet, og som derfor opfylder et behov i almenhedens interesse, omfattes af begrebet finansieret af en ordregivende myndighed. Dette omfatter ikke forretningsmæssige betalinger foretaget af en ordregivende myndighed, som der således ikke skal tages hensyn til i denne forbindelse. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt en ydelse tjener til opfyldelse af undervisningsmæssige eller handelsmæssige formål, kan den sondring, der er foretaget i dommen af 27. september 1988, sag 263/86, Humbel [6], være til nytte.

25. Endvidere har Det Forenede Kongeriges regering under den mundtlige forhandling gjort gældende, at det i sidste instans er afgørende, om en ydelse udføres gratis, hvilket vil sige, at der ikke kræves nogen modydelse, eksempelvis som følge af en offentligretlig forpligtelse eller en særlig kontraktbestemt forpligtelse. Regeringen har baseret sig på det kriterium om »nær tilknytning« mellem det omhandlede organ og den ordregivende myndighed, der blev fastlagt i dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [7], hvilket kriterium ikke er opfyldt ved betalinger, som den omhandlede enhed så at sige selv har tjent på en eller anden måde. Sådanne betalinger kan derfor ikke omfattes af begrebet finansieret af et offentligretligt organ.

26. Det Forenede Kongerige regering har af de ovenfor anførte grunde gjort gældende, at betalinger som dem, der er omhandlet i det første spørgsmåls punkt b) og c), skal betragtes som rent forretningsmæssige og er derfor udelukket fra begrebet finansieret af en ordregivende myndighed. Derimod skal tilskud ydet til et universitet som omhandlet i det første spørgsmåls punkt a) ifølge regeringen henføres under dette begreb, også selv om de måtte være forbundet med en ansøgning indgivet af en bestemt ansøger. Tilskuddene er i sidste instans bestemt til at forsyne universiteterne med midler, der gør det muligt at opfylde undervisningsmæssige og akademiske formål. Endelig udgør betalinger foretaget af ordregivende myndigheder til et universitet som f.eks. støtte til undervisningen som omhandlet i det første spørgsmåls punkt d) en sådan finansiering, idet de stiller midler til rådighed for universitetet, der gør det muligt for det at opfylde den opgave, det har i almenhedens interesse, selv om betalingerne sker med henblik på at opfylde en bestemt students behov.

27. Efter *den nederlandske regerings* opfattelse skal de tre kriterier, der er nævnt i direktivernes artikel 1, litra b), tredje afsnit, dvs. en aktivitet, der for mere end halvdelens vedkommende finansieres af

6 — Sml. s. 5365, præmis 15-29.

7 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 20.

staten, statens kontrol og statens indflydelse på udpegelsen af ledelsen, i overensstemmelse med dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.[8] fortolkes som »nær tilknytning« i forhold til staten eller de ordregivende myndigheder.

28. Der skal ifølge denne opfattelse — for at besvare spørgsmålet om, hvorvidt man har at gøre med en ordregivende myndigheds finansiering eller en anden form for betaling — sondres mellem en finansiel støtte og et reelt vederlag. Kriteriet »nær tilknytning« er kun opfyldt, hvor der er tale om finansiel støtte. Det samme kriterium er anvendt i artikel 1, litra a), punkt ix), i direktiv 92/50, hvorefter direktivet kun finder anvendelse, hvis den foretagne betaling ikke udgør et vederlag. Der er derfor med hensyn til det første spørgsmåls punkt b) og c) grund til at undersøge, om der er tale om et vederlag for en forretningsydelse eller finansiel støtte. Betalinger foretaget i forbindelse med forretningsmæssige aktiviteter falder som hovedregel uden for begrebet finansieret af en ordregivende myndighed.

29. *Den østrigske regering* har i sit fortolkningsforslag henvist til den historiske udvikling af begrebet ordregivende myndighed. De tre kriterier i artikel 1, litra b), tredje afsnit, beskriver organer, der deltager i det økonomiske forretningsliv uden at være underlagt markedskræfterne[9]. Derfor skal udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende finansieres af en ordregivende myndighed« fortolkes vidt. Udtrykket omfatter alle former for økonomiske ydelser, der indeholder et element af støtte, og som en ordregivende myndighed betaler til et organ. Den eneste undtagelse herfra er, når det omhandlede organ modtager et vederlag for en tjenesteydelse, der udbydes på markedet i konkurrence med andre organer eller virksomheder, hvor modydelsens størrelse er markedsbestemt.

30. *Den franske regering* bemærkede under den mundtlige forhandling, at det med henblik på at afgøre, om der er tale om finansiering fra en ordregivende myndigheds side, er nødvendigt at sondre mellem betalinger foretaget i almenhedens interesse og betalinger, der har karakter af en modydelse for tjenesteydelser udført af det omhandlede organ. Derfor skal de i det første spørgsmål opregnede betalinger, der har karakter af vederlag, udelukkes fra begrebet finansieret af en ordregivende myndighed.

31. *Kommissionen* har også henvist til direktivernes formål, der er at fjerne restriktioner for den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser. Den omhandlede bestemmelses formål er, at den skal omfatte organer, der som følge af, at de er knyttet

8 — Nævnt i fodnote 5, præmis 20.

9 — Regeringen har i den forbindelse baseret sig på generaladvokat Léger's forslag til afgørelse af 16.9.1997 i den ovenfor i fodnote 5 nævnte sag Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. samt på dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding BV, Sml. I, s. 6821, præmis 62.

tæt til staten eller ordregivende myndigheder, ikke som andre er underlagt markedskræfterne [10]. Ifølge Kommissionen har dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [11] klart fastslået, at de alternative betingelser, der er henvist til i artikel 1, litra b), tredje afsnit, vedrører begrebet »nær tilknytning« til en ordregivende myndighed. Der findes en sådan nær tilknytning, selv om den kun er indirekte, i det tilfælde, hvor mere end halvdelen finansieres af en ordregivende myndighed. Kommissionen gjorde det under den mundtlige forhandling klart, at der selv i forretningsmæssige forbindelser kan bestå en »nær tilknytning«. Der er taget hensyn hertil i direktivernes formål, idet en ordregivende myndighed, selv når den optræder som kontraktpart, kan have en meget stærk stilling.

32. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at der i forbindelse med den bedømmelse, der skal foretages på grundlag af kriteriet »nær tilknytning«, i princippet skal tages hensyn til alle betalinger foretaget af en ordregivende myndighed. Der skal ikke sondres mellem de aktiviteter, en betaling foretages til dækning af, idet direktivet ikke har til formål at sondre mellem aktiviteter i almenhedens interesse og andre aktiviteter. Kommissionen har gjort gældende, at også forskningsstøtte til bestemte personer skal betragtes som en indtægt for universitetet, idet den medvirker til, at universitetet kan opfylde sit formål. Det er også klart, at betalinger, der er beregnet til at bidrage til de studerendes studieudgifter, er økonomiske midler, som er bestemt for universitetet. Endvidere har Kommissionen gjort gældende, at det er uforeneligt med direktivernes formål at sondre mellem de forskellige typer af betalinger, der er opregnet i det første spørgsmåls punkt a)-d), og at det vil være meget vanskeligt at anvende en sådan sondring i praksis.

b) Stillingtagen

33. Det spørgsmål, der først melder sig, er, hvilke overvejelser der førte til vedtagelsen af direktivernes artikel 1, litra b), tredje afsnit, og hvilke konsekvenser de har for fortolkningen af udtrykket »finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer« (herefter blot benævnt »offentlig finansiering«).

34. Formålet med direktiverne om samordning af fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter er at udelukke risikoen for, at de omhandlede organer lader sig lede af andre hensyn end økonomiske ved tildelingen af kontrakter. Direktivernes anvendelse skal forhindre, at organer, der ikke er underlagt markedskræfterne, i forbindelse med tildeling af en kontrakt giver præference til den tilbudsgiver eller ansøger, de foretrækker. Dette var, hvad Dom-

10 — Jf. den ovenfor i fodnote 9 nævnte BFI Holding-dom, præmis 40-43.

11 — Nævnt i fodnote 5, præmis 20 og 34.

stolen for så vidt angår de direktiver, der omhandles i nærværende sag, fastslog i BFI Holding-dommen [12], som vedrørte direktiv 92/50, og i dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [13], som vedrørte direktiv 93/37; se i denne retning også generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i samme sag [14] samt dommen i sag 31/87 [15], hvor der var tale om det ældre direktiv 71/305/EØF.

35. Domstolen har ved flere lejligheder i forbindelse med spørgsmålet vedrørende organets retlige form og de bestemmelser, der opretter det, fastslået, at begrebet ordregivende myndighed skal fortolkes formålsbestemt for at give princippet om fri bevægelighed fuld virkning [16].

36. I forbindelse med afgørelsen af, om betingelserne for, at et organ kan anses som et offentligretligt organ, er opfyldt, har Domstolen i dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [17] beskrevet de tre alternative betingelser, der findes i direktivernes artikel 1, litra b), tredje afsnit, og som også omfatter kriteriet om finansiering for mere end halvdelens vedkommende, som et udtryk for, at et organ er »nært tilknyttet« [18] staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer. Bestemmelsen definerer således ifølge Domstolens praksis de tre former, et offentligretligt organ kan have, som tre varianter af begrebet »nært tilknyttet« en anden ordregivende myndighed.

37. Domstolen fastslog ganske vist i Connemara Machine Turf-dommen [19] og i dommen i sagen Kommissionen mod Irland [20], at det — for at en enhed kunne kvalificeres som en ordregivende myndighed i Irland — var nødvendigt, at den havde kontrol over tildelingen af offentlige indkøbskontrakter (det blev i den forbindelse anset for tilstrækkeligt, at kontrollen blev udøvet indirekte, dvs. uden en udtrykkelig bestemmelse herom). Det er kun dette, sagsøgeren forsøger at gøre gældende i denne sag. Dette princip finder dog ikke anvendelse i denne sag, idet det omhandlede direktiv 77/62/EØF [21] selv fastsatte kravet om statens kontrol over offentlige

12 — Nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 41, 42 og 43.

13 — Nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 33.

14 — Nævnt ovenfor i fodnote 9, punkt 69.

15 — Beentjes-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 11.

16 — Beentjes-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 5), præmis 11, BFI Holding-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 9), præmis 62, og Connemara Machine Turf-dommen (nævnt i fodnote 5), præmis 31.

17 — Nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 20.

18 — Se i den forbindelse den franske og engelske version, de anvender de snævrere udtryk »dépendant étroitement« og »closely dependent«.

19 — Nævnt i fodnote 5, præmis 29.

20 — Dom af 17.12.1998, sag C-353/96, Sml. I, s. 8565, præmis 34 ff.

21 — Rådets direktiv af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1). Direktivets artikel 1, litra b), definerer begrebet ordregivende myndigheder som følger: »I dette direktiv forstås ved... 'ordregivende myndigheder'... de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer«. Ifølge direktivets bilag I, punkt VI, blev »andre offentlige myndigheder, hvis offentlige indkøbsaftaler er undergivet statens kontrol« betragtet som offentligretlige juridiske personer i Irland.

indkøbskontrakter i form af en henvisning til bilaget for den pågældende medlemsstat, dvs. Irland.

38. Det er heller ikke muligt — i det mindste ikke i nærværende sag — at anvende de konklusioner, generaladvokat Lenz nåede frem til i sagen Portugal mod Kommissionen [22], og som sagsøgeren støtter sin argumentation på, idet bilag I til det relevante direktiv (direktiv 77/62) i relation til Den Portugisiske Republik forudsatte, at der var statslig kontrol over offentlige indkøbskontrakter.

39. Det er klart, at direktiverne er baseret på en funktionel tilgangsvinkel, hvilket nødvendiggør en vid fortolkning. I visse tilfælde kan en teleologisk fortolkning imidlertid være begrundet, hvilket både den nederlandske og den østrigske regering har anført, og som Det Forenede Kongeriges regering i realiteten har anerkendt. Såfremt den finansiering, en ordregivende myndighed yder, ikke virker således, at der skabes eller forstærkes en særlig tilknytning, gør direktivernes formål det ikke længere muligt at kvalificere en sådan finansiering som offentlig finansiering, idet dette begreb kun omfatter de tilfælde, hvor der er en særlig tæt forbindelse mellem det omhandlede organ og den ordregivende myndighed.

22 — Nævnt i fodnote 5.

40. For at kunne fastslå, om der er en tæt tilknytning mellem modtageren og betaleren, er det derfor også nødvendigt at tydeliggøre begrebet finansiering. Som Kommissionen med rette har bemærket, er en sådan tilknytning i tilfælde af en offentlig finansiering kun indirekte. Derfor er det ikke muligt automatisk at anse alle betalinger fra staten for en offentlig finansiering, idet det kun er de betalinger, der ikke udgør vederlag for en bestemt ydelse, og som derfor finansierer eller støtter det omhandlede organs almindelige virksomhed i form af økonomisk støtte, der er offentlig finansiering.

41. Derfor må støtte i form af forskningsstøtte som omhandlet i det første spørgsmåls punkt a) anses for offentlig finansiering. Selv om modtageren af en sådan finansiering ikke konkret måtte være selve universitetet, men en person, der som en del af universitetets virksomhed udfører tjenesteydelser, er der ikke desto mindre tale om en form for finansiering, som universitetet som en helhed drager fordel af. Det er netop der, hvor den i direktivet definerede forbindelse træder igennem, idet der er en nær tilknytning mellem universitetet [23] og den ordregivende myndighed, der støtter det økonomisk [24].

23 — Jf. artikel 1, litra b), tredje afsnit, i direktiv 93/37.

24 — Det er ikke nødvendigt at tage stilling til, om kirker og religiøse organisationer, der også modtager offentlig støtte, velgørende institutioner, der støttes af staten eller spil, der administreres af staten, skal anses for offentligretlige organer, idet dette ikke omtvistes i nærværende sag.

42. Man kan imidlertid rejse det spørgsmål, om denne kvalificering også gælder for de i det første spørgsmåls punkt b) og c) omhandlede betalinger. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt den betaling, der foretages af en eller flere offentlige myndigheder som vederlag for universitetets kontraktbestemte ydelser, henhører under begrebet offentlig finansiering, er det ikke alene formålet med den ydelse, der betales for, der i sig selv er det afgørende kriterium, hvilket bl.a. Det Forenede Kongeriges regering har foreslået. I Humbel-dommen [25] fastslog Domstolen ganske vist, at undervisning i det nationale undervisningssystem ikke var omfattet af anvendelsesområdet for tjenesteydelser som omhandlet i EF-traktatens artikel 59 (efter ændring nu artikel 49 EF) og EF-traktatens artikel 60 (nu artikel 50 EF). Men Domstolen sondrede mellem det tilfælde, hvor der var tale om en modydelse for en leveret ydelse, og den situation, hvor der foretoges betaling for statens opfyldelse af en forpligtelse, der påhviler den inden for de sociale, kulturelle og undervisningsmæssige områder [26]. Domstolen begrundede denne sondring med, at den beskyttelse, som friheden til at udveksle tjenesteydelser havde til formål at sikre, ikke kunne udvides til også at omfatte det sidstnævnte område. Spørgsmålet om, hvorvidt en betaling i nærværende sag omfattes af begrebet offentlig finansiering, kan dog ikke besvares på dette grundlag, idet den beskyttelse, direktiverne har til formål at give (beskrevet ovenfor), er helt forskellig fra den, som retten til fri udveksling af tjenesteydelser giver. Det forhold, at en betaling foretages som vederlag, rejser netop det spørgsmål, om der kan bestå en nær tilknytning, selv om den af det omhandlede organ leverede ydelse også imødekommer behov i almenhedens interesse. Dette kriterium gør det endvidere vanskeligere at foretage en afgrænsning, idet aktiviteter, der er i almenhedens interesse, hvilket for et universitet vil sige undervisning og forskningsydelser, kan være sammenfaldende med aktiviteter af kommerciel karakter, således som det første spørgsmåls punkt b) også viser.

43. Det er heller ikke muligt at anvende de af Domstolen i BFI Holding-dommen udviklede principper analogt [27]. I BFI Holding-dommen fastslog Domstolen under hensyntagen til artikel 1, litra b), andet afsnit, første led, i direktiv 92/50, at den omstændighed, at tjenesteydelserne også ydes eller kan ydes af private virksomheder, ikke udelukker, at en given opgave kan være i almenhedens interesse. Umiddelbart kunne dommen give det indtryk, at der ikke kan sondres mellem kommercielle ydelser og andre ydelser, når der er tale om offentlig finansiering, som omhandlet i ovennævnte artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led. De tre kumulative kriterier, der gælder ved definitionen af et offentligretligt organ, rejser imidlertid helt andre problemer. Det særlige problem, der foreligger her, er, om bestemte betalinger til et organ, der uomtvisteligt er stiftet med henblik på at opfylde almenhedens behov, skal anses for offentlig finansiering.

44. Såfremt man tager hensyn til direktivernes formål og spørgsmålet om, hvorvidt en nær tilknytning mellem universitetet og den ordregivende myndighed består eller forstærkes, må svaret blive, at der ikke er tale om offentlig finansiering, når den samlede virkning af tjenesteydelsen og det betalte vederlag er, at den ordregivende

25 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

26 — Humbel-dommen, jf. ovenfor i fodnote 6, præmis 15 ff.

27 — Jf. ovenfor i fodnote 9, præmis 47.

myndighed har en økonomisk interesse i at modtage ydelsen, der omfatter mere end den rene støtte, der er nødvendig for at imødekomme behov i almenhedens interesse. Der kan kun være tale om nær tilknytning, hvis betalingens formål er at fremme de opgaver, som et givent organ skal udføre, og at yde det støtte i sammenhæng hermed. Det gælder, selv hvis en kontraktbestemt tjenesteydelse, der udføres af organet, samtidig er en aktivitet, der udføres i almenhedens interesse, eller som tjener akademiske formål.

45. Som hovedregel opstår der netop ikke en sådan nær tilknytning, når et organ modtager betaling som vederlag for en tjenesteydelse, det tilbyder på samme vilkår som en virksomhed, der handler selvstændigt på markedet i konkurrence med private virksomheder og på grundlag af en særskilt aftale om udførelse af tjenesteydelser. Det forholder sig således, idet organet erhverver ret til betaling på et gensidigt grundlag. Tjenesteydelserne udføres på anmodning af og i det omhandlede organs interesse, således som det gælder for forskningsarbejde med et specifikt formål, konsulentarbejde eller organisering af konferencer. Retten til at modtage tjenesteydelser er derfor ikke baseret på en principbeslutning om at støtte de opgaver, der skal udføres af organet, men er snarere en ret, der kan udledes af en kontrakt.

46. Et kontraktforhold af denne karakter kan selvsagt også føre til en tilknytning, men den har en anden karakter end den, der følger af en almindelig ydelse af støtte. Det forhold, der består mellem kontraktparter, selv hvor en af dem teknisk set er en ordregivende myndighed, er ikke en »nær tilknytning« som omhandlet i direktiverne, idet begge parter, hvor der er tale om kontrakter, der er forhandlet frit, leverer ydelser. Såfremt man indtog en anden holdning til dette spørgsmål, ville man komme frem til det paradoksale resultat, at selv en privat virksomhed, der udfører størstedelen af sine forretninger med ordregivende myndigheder, ville blive en ordregivende myndighed i henhold til udbudsdirektiverne.

47. Eftersom de betalinger, der er henvist til i det første spørgsmåls punkt b) og c), ikke skaber en nær tilknytning med en ordregivende myndighed som omhandlet i direktivet, henhører de ikke under begrebet offentlig finansiering.

48. Det sidste spørgsmål, der skal drøftes i denne forbindelse, er, om de undervisningsgebyrer, der er beskrevet i det første spørgsmåls punkt d), og som de ordregivende myndigheder betaler til et universitet for bestemte studerende, kan anses for offentlig finansiering.

49. Disse betalinger udgør også en social foranstaltning til fordel for visse studerende, der i dette tilfælde modtager et stipendium til at dække de undervisnings-

gebyrer, der i visse tilfælde er meget høje. For det omhandlede organ er der imidlertid tale om en sikker offentlig finansieringskilde, der tilflyder universitetet. Det, der er vigtigt af hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en »tilknytning«, er, at det omhandlede organ modtager en økonomisk støtte fra den ordregivende myndighed, for hvilken der ikke findes nogen kontraktbestemt modydelse. Derfor henhører en ydelse som omhandlet i det første spørgsmåls punkt d) under begrebet offentlig finansiering.

50. Det er klart, at de undervisningsgebyrer, de studerende selv finansierer med private midler, og som derfor ikke involverer bidrag fra en ordregivende myndighed, skal udelukkes fra den nævnte kategori. De finansielle midler, der betales af udenlandske organer i form af stipendier eller andre former for støtte, omfattes heller ikke af det nævnte begreb.

3. *Det andet spørgsmål*

51. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret at få svar på, hvordan det udtryk »for mere end halvdelens vedkommende«, der findes i direktivernes artikel 1, skal fortolkes.

a) Parternes argumenter

52. *Sagsøgeren* finder under hensyntagen til sin opfattelse med hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål ikke, at der er grund til at besvare det andet spørgsmål, men har alene som et subsidiært anbringende gjort gældende, at udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende« ikke skal fortolkes på grundlag af et rent kvantitativt kriterium, men snarere på et kvalitativt grundlag med det resultat, at der kun tages hensyn til den finansiering, der giver betaleren kontrol over beslutningen om tildeling af kontrakter. Med hensyn til det kvantitative aspekt kan der under alle omstændigheder ikke være tale om et rent matematisk kriterium; det må være et krav, at finansieringen udgør den overvejende del, hvilket der ifølge sagsøgeren kun er tale om, hvor finansieringen beløber sig til mindst tre fjerdedele af det samlede beløb.

53. *Den nederlandske regering, den østrigske regering og Det Forenede Kongeriges regering* samt *Kommissionen* er derimod af den opfattelse, at udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende« skal forstås i overensstemmelse med dets sædvanlige betydning, som er »mere end 50%«. Den franske regering støttede denne opfattelse under den mundtlige forhandling.

54. *Det Forenede Kongeriges regering* vurderer i den forbindelse, at når de ordregivende myndigheders finansiering overstiger 50%, er det også begrundet, at de kontrollerer, hvorledes det således finansierede organ anvender disse midler. Dette

spørgsmål vurderes på samme måde i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37, hvorefter direktivet også skal overholdes, når en ordregivende myndighed yder tilskud på mere end 50% til en bygge- og anlægskontrakt, som indgås af andre end myndigheden selv.

55. Den *nederlandske regering* finder, at denne fortolkning følger af den i ordningen valgte opbygning, idet der også findes et andet tilfælde i direktivernes artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, hvor et simpelt flertal er afgørende: Hvor mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet kan udpeges af den ordregivende myndighed, antages der at være tale om tilknytning. Endvidere kan man til sammenligning henvise til den definition af begrebet offentlig virksomhed, der findes i artikel 1, nr. 2, i direktiv 93/38/EØF [28] samt definitionen af begrebet tilknyttede virksomheder i artikel 3, stk. 4, tredje afsnit, i direktiv 93/37 [29] og i artikel 1, nr. 3, i direktiv 93/38 [30], der alle anvender kriteriet »for mere end halvdelens vedkommende«.

56. *Kommissionen* er af den opfattelse, at for mere end halvdelens vedkommende betyder 50% eller mere, og at dette er en logisk følge af, at vurderingen kun er baseret på to forhold, nemlig finansiering fra ordregivende myndigheder og finansiering fra andre kilder.

b) Stillingtagen

57. Betydningen af udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende« giver det indtryk, at det skal fortolkes som en henvisning til et kvantitativt »mere«, hvilket vil sige »over halvdelen« eller »mere end 50%«. Selv om det antages, at direkti-

28 — Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84). De relevante bestemmelser er følgende (uddrag):
»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.

29 — Denne bestemmelse er formuleret som følger:
»Ved 'tilknyttede virksomheder' forstås virksomheder, på hvilke indehaveren af koncessionskontrakten direkte eller indirekte kan øve bestemmende indflydelse... Der er formodning for bestemmende indflydelse på en anden virksomhed, når en virksomhed direkte eller indirekte:
— besidder majoriteten af den ansvarlige kapital i denne virksomhed, eller
— besidder majoriteten af stemmerettigheder, der er knyttet til kapitalandele i virksomheden, eller
— kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan.«

30 — Denne bestemmelse er formuleret som følger: »I dette direktiv forstås ved:
...
3) '*tilknyttet virksomhed*':... en virksomhed, som ordregiveren direkte eller indirekte kan udøve en bestemmende indflydelse på som omhandlet i nr. 2 i denne artikel ...«.

vets ordlyd ikke er utvetydig i denne henseende, er den fortolkning, som sagsøgeren har foreslået, og som afhænger af en bestemt finansieringstype, ikke i overensstemmelse med bestemmelsens formål. Der skal tages hensyn til, at der i visse tilfælde, selv hvor finansieringen er mindre end 50%, kan være en nær tilknytning med tilhørende mulighed for at udøve en indflydelse, hvis denne finansiering udgør et større engangsbeløb i modsætning til et stort antal mindre beløb. En kvalitativ tilgangsvinkel er derfor ikke anvendelig ved fastlæggelsen af betydningen af »for mere end halvdelens vedkommende«, idet den giver anledning til en række overvejelser, som ikke kan måles og vejes. Der er ikke behov for at undersøge denne mulighed her, idet det kun er nødvendigt at fastlægge betydningen af udtrykket »for mere end halvdelens vedkommende«. Hvad der kræves, er en praktisk fortolkning, der modsvarer formålet med den omhandlede artikel.

58. Jeg kan også henvise til definitionen i artikel 1, nr. 2, i direktiv 93/38, der bl.a. definerer begrebet »offentlig virksomhed« som en virksomhed, hvori staten direkte eller indirekte ejer mindst halvdelen af aktiekapitalen [31]. Hvis dette kvantitative kriterium er afgørende for, om en virksomhed er en offentlig virksomhed, må det bestemt forholde sig på samme måde, når det drejer sig om at fastlægge betingelserne for, hvornår finansiering skal anses for offentlig »for mere end halvdelens vedkommende«.

31 — Jf. fodnote 28.

4. *Det tredje spørgsmål*

59. Spørgsmålet om, hvilke betalinger der henhører under udtrykket »finansieret af en offentlig myndighed«, er allerede blevet behandlet i forbindelse med det første spørgsmål. Det af den forelæggende ret forelagte tredje spørgsmål, nemlig hvilke finansieringskilder der skal medtages i beregningen, skal derfor ikke forstås således, at der spørges om, hvilke betalinger der skal tages hensyn til ved beregningen af den offentlige finansiering, men at det ønskes oplyst, hvad grundlaget er for beregningen af den samlede finansiering. Der spørges med andre ord om, hvordan de samlede indtægter skal defineres, hvoraf den offentlige finansiering skal udgøre for »mere end halvdelens vedkommende«.

a) Parternes argumenter

60. Sagsøgeren og Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at beregningen skal omfatte de samlede indtægter. Den franske regering støttede denne opfattelse under den mundtlige forhandling.

b) Stillingtagen

61. Ved at henvise til finansiering, der for mere end halvdelens vedkommende hidrører fra offentlige midler, giver artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, det indtryk, at et organ også, i det mindste delvis, kan være finansieret på anden vis, uden at det mister sin stilling som ordregivende myndighed. Enhver korrekt vurdering af den offentlige finansierings andel af organets samlede økonomiske grundlag må tage hensyn til samtlige de betalinger, det modtager. Derfor skal der ved beregningen af de samlede indtægter (100%), af hvilke »mere end 50%« skal udgøres af offentlig finansiering, tages hensyn til alle de økonomiske midler, der tilflyder det pågældende organ.

5. *Det fjerde spørgsmål*

62. Som følge af, at et universitets finansiering kan være forskellig fra år til år, ønsker den forelæggende ret med det fjerde spørgsmål oplyst, hvilken periode der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om et organ er et offentligretligt organ, og på hvilken måde der skal tages hensyn til forventede eller fremtidige ændringer.

a) Parternes argumenter

63. *Sagsøgeren* har i den forbindelse gjort gældende, at det relevante tidspunkt er datoen for udbuddets iværksættelse.

64. *Det Forenede Kongeriges regering* har anført, at beregningen af praktiske grunde som udgangspunkt skal foretages ved udbuddets iværksættelse. Regeringen har henvist til muligheden for at iværksætte midlertidige foranstaltninger inden for rammerne af direktiv 89/665/EØF [32], hvilket ikke vil give mening, hvis et organs stilling som et offentligretligt organ først blev fastlagt efterfølgende. Regeringen anførte under den mundtlige forhandling, at denne beregning kunne foretages årligt. De organer, der påtænker at iværksætte et udbud, skal være i stand til at fastlægge deres stilling på grundlag af de oplysninger, de er i besiddelse af på datoen for det omhandlede udbuds iværksættelse. Disse oplysninger omfatter tal fra tidligere år såvel som et rimeligt overslag over kontraktperioden og de allerede bundne midler. Dette element af prognose findes ifølge regeringen i de tre direktiver.

32 — Rådets direktiv af 21.12.1989 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). Jf. direktivets artikel 2, stk. 4, med hensyn til midlertidige foranstaltninger.

65. *Den østrigske regering* har gjort gældende, at denne vurdering skal foretages med bestemte mellemrum, og foreslår en periode på et år, idet de ordregivende myndigheder udarbejder deres budgetter årligt. Der kan henvises til kalenderåret, regnskabsåret eller budgetåret. Dette er også hensigtsmæssigt, set i lyset af, at en årlig vurdering anvendes i andre tilfælde (artikel 7, stk. 6, og i de regler om offentliggørelse, der findes i artikel 15, stk. 1, i direktiv 92/50).

66. *Kommissionen* er af den opfattelse, at det følger af artikel 15, stk. 1, i direktiv 92/50 samt af artikel 9, stk. 1, i direktiv 93/36 [33], at en ordregivende myndighed bevarer sin status i tolv måneder. Det er således muligt, at et organs status som ordregivende myndighed ændres fra et regnskabsår til et andet. Derfor har Kommissionen foreslået, at hvert års beregning, der gør det muligt at afgøre, om et universitet er en ordregivende myndighed, baseres på de økonomiske midler, der forventes at være til rådighed i det følgende regnskabsår.

33 — Artikel 9, stk. 1, i direktiv 93/36 er formuleret som følger (uddrag):
»De ordregivende myndigheder offentliggør snarest muligt efter deres regnskabsårs begyndelse ved en vejledende bekendtgørelse... de samlede indkøbsaftaler, som de agter at indgå i de følgende tolv måneder...«
Artikel 15, stk. 1, i direktiv 92/50 har følgende ordlyd (uddrag):
»De ordregivende myndigheder bekendtgør ved en vejledende bekendtgørelse, der skal offentliggøres snarest muligt efter regnskabsårets begyndelse, det samlede behov... (for) tjenesteydelser, som de agter at indgå i løbet af de næste tolv måneder...«

67. *Den nederlandske regering* har derimod gjort gældende, at beregningen skal foretages på et struktureret grundlag, idet ethvert andet beregningsgrundlag vil være uforeneligt med retssikkerhedsprincippet.

68. *Den franske regering* støttede dette synspunkt under den mundtlige forhandling. De vanskeligheder i praksis og den betydelige usikkerhed, der navnlig vil opstå i tilfælde af længerevarende udbudsforretninger, kan kun overvindes ved at anvende et struktureret beregningsgrundlag. Enhver anden opfattelse vil kunne resultere i, at et organs status ændres i løbet af udbudsforretningen som et resultat af en midlertidig og kortvarig økonomisk ændring.

b) Stillingtagen

69. Domstolen bekræftede i dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [34], at fællesskabsrettens almindelige retssikkerhedsprincip finder anvendelse ved afgørelsen af, hvilken type finansiering der er tale om. Dette princip kræver, at en fællesskabsbestemmelse skal være klar, og

34 — Nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 34.

at de berørte personer skal kunne forudse, at den finder anvendelse [35]. Derfor er det afgørende, at der anvendes objektive og gennemsigtige kriterier, når et organ kvalificeres som et offentligretligt organ.

70. En fastlæggelse af organets status på grundlag af strukturelle forhold vil ganske vist have den fordel, der ligger i retssikkerhed og klarhed; men denne kvalificeringsmåde vil ikke gøre det muligt at tage hensyn til eksisterende eller senere ændringer i finansieringsgrundlaget. Der vil således ikke — i strid med direktivets formål — blive taget hensyn til offentlige engangsfinansieringer af eksempelvis byggeprojekter.

71. Heller ikke tidspunktet for kontraktens tildeling kan vælges som det tidspunkt, hvor organets status skal fastlægges, idet dette ikke nødvendigvis er udtryk for finansieringen på længere sigt og dermed for den faktiske finansiering. Det vil også åbne muligheder for manipulation.

72. Derimod vil en årlig nyvurdering af deres status ikke nødvendigvis give den grad af forudselighed, som retssikkerhedsprincippet kræver, idet organets status kunne ændres fra år til år, afhængig af dets finansieringskilder.

73. På det anden side må grundlaget for at foretage ovennævnte beregninger være bestemt, korrekt og gennemsigtigt. Det vil derfor være rimeligt at vælge et år som grundlag, dog ikke det foregående år beregnet fra udbuddets iværksættelse, men det regnskabsår, i hvilket kontrakten tildeles. Af hensyn til retssikkerheden og beskyttelsen af de bydende må denne måde at se situationen på dog udvides for at sikre, at organet bevarer den status, det havde på tidspunktet for tildelingen, i løbet af udbudsproceduren og indtil kontrakten er endelig afsluttet, også selv om denne procedure varer længere end et regnskabsår, i løbet af hvilket et organs finansiering kan ændres.

74. Der skal alene foretages en ny beregning af finansieringen med henblik på at fastlægge organets status i et løbende regnskabsår — også for at undgå manipulation — i tilfælde af væsentlige ændringer i finansieringen, der allerede er indtrådt, eller i tilfælde af forudselige fremtidige ændringer.

35 — Jf. i den forbindelse også dom af 13.2.1996, sag C-143/93, Van Es Douane Agenten, Sml. I, s. 431, præmis 27, af 10.2.2000, sag C-202/97, Fitzwilliam, Sml. I, s. 883, præmis 54, og af 14.3.2000, sag C-54/99, Église de scientologie, Sml. I, s. 1335, præmis 22.

VI — Forslag til afgørelse

75. Henset til det ovenfor anførte foreslår jeg, at de forelagte præjudicielle spørgsmål besvares som følger:

»1) Udtrykket 'hvis drift... finansieres af (en eller flere ordregivende myndigheder)' i artikel 1 i Rådets direktiv 92/50/EØF, 93/37/EØF og 93/36/EØF omfatter i princippet enhver økonomisk ydelse fra staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer til et organ, og som har til formål at yde økonomisk støtte til dette organ. Betalinger foretaget af en ordregivende myndighed som modydelse for tjenesteydelser udført af det pågældende organ på markedsvilkår i forbindelse med en gensidig kontrakt udgør ikke offentlig finansiering i direktivernes forstand.

a) Tilskud, som betales af en eller flere ordregivende myndigheder til støtte for forskningsarbejde, omfattes af udtrykket 'finansieret af en eller flere ordregivende myndigheder'.

b) Vederlag, som i henhold til en særlig kontrakt betales af en eller flere ordregivende myndigheder for levering af tjenesteydelser, der omfatter forskningsarbejde, og

c) for levering af andre tjenesteydelser, såsom rådgivning eller tilrettelæggelse af konferencer, er ikke omfattet af begrebet 'finansieret af en eller flere ordregivende myndigheder'.

d) Støtte, som de lokale uddannelsesmyndigheder betaler til universiteterne, og som svarer til studieafgift for navngivne studerende, er omfattet af begrebet 'finansieret af en eller flere ordregivende myndigheder'.

2) 'For mere end halvdelens vedkommende' betyder 'mere end 50%'.

3) Spørgsmålet om finansiering 'for mere end halvdelens vedkommende', afgøres på grundlag af alle de økonomiske midler, organet modtager.

4) Spørgsmålet, om et organ skal anses for et offentligretligt organ, skal afgøres på grundlag af det regnskabsår, hvor kontrakten tildeles. Organets status vurderes på ny, hvis der i løbet af regnskabsåret indtræder væsentlige ændringer i den måde, organet finansieres på.«