FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED fremsat den 21. april 2005 [1]

I — Indledning

1. I denne sag har Kommissionen anmodet Domstolen om at fastslå, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [2], idet byen Mödling indgik en kontrakt om bortskaffelse af affald uden at overholde de procedure- og offentliggørelsesregler, som er foreskrevet ved dette direktivs artikel 8, sammenholdt med artikel 11, stk. 1, og artikel 15, stk. 2.

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — EFT L 209, s. 1.

II — Retsforskrifter

A — *De relevante bestemmelser i direktiv 92/50*

2. Kommissionen har gjort gældende, at forpligtelserne i henhold til artikel 8, sammenholdt med artikel 11, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, i direktivet, er tilsidesat. Desuden er definitionerne i artikel 1, litra a), b) og c), også relevante her.

3. I henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 er »offentlige tjenesteydelsesaftaler« »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«. I henhold til artikel 1, litra b), er »ordregivende myndigheder« »staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer«. Endelig defi-

nerer direktivets artikel 1, litra c), »tjenesteydere« som »fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer, der tilbyder udførelse af tjenesteydelser«.

4. Artikel 8 i direktiv 92/50 bestemmer følgende: »Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI«. Disse bestemmelser regulerer i det væsentlige konkurrenceopfordringen og offentliggørelsen. Artikel 11, stk. 1, i direktiv 92/50 lyder således: »De ordregivende myndigheder anvender ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler de i artikel 1, litra d), e og f), definerede fremgangsmåder, tilpasset med henblik på dette direktiv.« De fremgangsmåder, der er tale om i bestemmelserne, er henholdsvis »offentligt udbud«, »begrænset udbud« og »udbud efter forhandling«. Artikel 15, stk. 2, i direktiv 92/50 bestemmer følgende: »Ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig tjenesteydelsesaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller, på de betingelser, der er anført i artikel 11, ved udbud efter forhandling, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.«

5. Kategori 16 i direktivets tillæg I A omfatter »kloakering og affaldsbortskaffelse; rensning og lignende tjenesteydelser«.

B — *Nationale bestemmelser*

6. § 9, stk. 3, i Land Niederösterreichs affaldsbehandlingslov (herefter »den regionale affaldsbehandlingslov«) bestemmer, at kommunerne i Land Niederösterreich i overensstemmelse med reglerne i denne lov skal sørge for at indsamle og behandle affaldet og oprette de nødvendige indretninger med henblik herpå eller stille sådanne til rådighed. I henhold til § 11 i den regionale affaldsbehandlingslov skal de enkelte kommuner sørge for, at renovationssystemet oprettes og fungerer korrekt.

III — Faktiske omstændigheder

7. Den 21. maj 1999 besluttede byen Mödling at oprette et uafhængigt organ til opfyldelse af de forpligtelser, som påhviler den i henhold til loven for så vidt angår affaldsbehandling. Med henblik herpå oprettedes selskabet AbfallwirtschaftsGmbH (herefter »selskabet Abfall«). Ifølge protokollen fra kommunalbestyrelsesmødet skulle samtlige selskabsandele i første omgang ejes af byen Mödling. Selskabet Abfalls formål var at levere tjenesteydelser på området for økologisk affaldsbehandling og indkøb i forbindelse hermed, navnlig på området for affaldsbortskaffelse; herunder skulle selskabet også opstille og udarbejde individuelle affaldsbehandlingskoncepter — først og fremmest for byen Mödling.

8. Den 16. juni 1999 blev der udarbejdet en stiftelseserklæring vedrørende oprettelse af selskabet Abfall. Den samlede selskabskapital ejedes af den eneste selskabsdeltager, byen Mödling.

9. Den 25. juni 1999 besluttede byen Mödling, i henhold til den regionale affaldsbehandlingslov, forbundsstatens affaldsbehandlingslov og den kommunale affaldsbehandlingsforordning, at overdrage affaldsbehandlingen på byens område til selskabet Abfall. Byen Mödling gav desuden selskabet Abfall en optionsret for så vidt angik affaldsbehandlingskontrakter, der endnu ikke var udløbet på det tidspunkt. Der blev indgået en lejekontrakt mellem byen Mödling og selskabet Abfall, hvorefter de nødvendige driftsmidler og det tilsvarende personale blev stillet til rådighed.

10. Aftalen om bortskaffelse af affald, hvorved byen Mödling gav selskabet Abfall eneret til at indsamle og behandle affald, blev indgået den 15. september 1999. Den var tidsubegrænset og trådte i kraft med tilbagevirkende kraft fra den 1. juli 1999. I henhold til kontrakten skal byen Mödling foretage en betaling til selskabet Abfall, fastsat i form af et fast beløb pr. skraldespand eller container som modydelse for indsamling og behandling af affald, storskrald, brugte materialer, affald, der kan komposteres, og problemaffald. Selskabet Abfall har ikke indgået nogen affaldsbehandlingskontrakter med andre kommuner eller sammenslutninger af kommuner. Byen Mödlings affaldsoverførselscenter udfører dog også aktiviteter for andre private affaldsbehandlingsfirmaer i forbindelse med overførsel og presning af husholdningsaffald.

11. Den 15. september 1999 blev den tidsubegrænsede lejekontrakt, der trådte i kraft med tilbagevirkende kraft fra den 1. juli 1999, om de driftsmidler og det personale, der var nødvendigt til affaldsbehandlingen, også indgået. Herefter er selskabet Abfall forpligtet til at beskæftige det personale, som byen udpeger, i overensstemmelse med de betingelser, der gælder for overladelse af arbejdskraft. I kontrakten bestemmes, at byen Mödling overdrager selskabet Abfall anvisningsretten over for personalet.

12. Den 1. oktober 1999 besluttede kommunalbestyrelsen i Mödling at afstå 49% af byens andele i selskabet Abfall til det private selskab Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft (herefter »selskabet Saubermacher«). Det fremgår af mødedokumentet vedrørende dette møde, at der som følge af den beslutning, kommunalbestyrelsen traf den 25. juni 1999, fandt flere forhandlinger sted med repræsentanter for selskaber, som var interesserede i at indgå et samarbejde, særligt med selskabet Saubermacher. Til sidst blev firmaernes forslag præsenteret for KPMG, der udpegede selskabet Sauberma-

chers forslag som det, der garanterede den bedste udnyttelse.

13. Den 6. oktober 1999 blev stiftelseserklæringen ændret med henblik på at give generalforsamlingen mulighed for at træffe de fleste afgørelser med simpelt flertal. Det blev desuden fastlagt, at generalforsamlingen kun er beslutningsdygtig, hvis 51% af selskabskapitalen er til stede. Selskabet repræsenteres internt og eksternt af mindst to administratorer, der sammen besidder retten til at tegne selskabet.

14. Ved aftale af 13. oktober 1999 afstod byen Mödling 49% af sine andele i selskabet til selskabet Saubermacher.

15. Selskabet Abfall påbegyndte sin virksomhed den 1. december 1999, dvs. efter det tidspunkt, hvor selskabet Saubermacher allerede havde erhvervet sine andele i dette selskab.

16. Fra den 1. december 1999 til den 31. marts 2000 udførte selskabet Abfall udelukkende arbejde for byen Mödling. Efter oprettelsen af overførselscentret arbejdede selskabet ligeledes for tredjeparter. I det første regnskabsår fra den 1. april 2000 udgjorde selskabet Abfalls virksomhed for byen Mödling mellem 70 og 80% af omsætningen.

IV — Den administrative procedure

17. Den 20. marts 2002 sendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Republikken Østrig, hvori den anførte, at byen Mödling ikke havde afholdt udbud med henblik på tildeling af kontrakten om indsamling og behandling af affald, selv om kontrakten måtte betragtes som en offentlig tjenesteydelsesaftale, der er omfattet af direktiv 92/50. Republikken Østrig bestred dette ved skrivelse af 23. juni 2002. Efter Østrigs opfattelse faldt indgåelsen af kontrakten med selskabet Abfall om indsamling og behandling af affald ikke inden for anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne, idet der var tale om en intern, såkaldt »in house«-foranstaltning.

18. Da Kommissionen ikke var tilfreds med dette svar, fremsatte den den 3. april 2003 en begrundet udtalelse til Republikken Østrig. Da Republikken Østrig i sit svar herpå blot gentog de argumenter, den havde anført i sit svar på åbningsskrivelsen, anlagde Kommissionen derfor nærværende sag den 28. januar 2004.

19. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, idet byen Mödling har indgået en kontrakt om bortskaffelse af affald, uden at de procedure- og offentliggørelsesregler, som er foreskrevet ved direktivets artikel 8, sammenholdt med artikel 11, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, er blevet overholdt.

— Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.

20. Republikken Østrig har nedlagt påstand om sagens afvisning og subsidiært om frifindelse.

V — Parternes anbringender og bedømmelse heraf

A — *Formaliteten*

1) Parternes argumenter

21. I sit svarskrift har den østrigske regering bestridt, at sagen kan antages til realitetsbehandling. For det første har Kommissionen ikke klart redegjort for grundene til, at den anser indgåelsen af kontrakten om affaldsbortskaffelse for at stride mod direktiv 92/50. Den har dermed overtrådt princippet om, at sagens genstand skal være afgrænset klart. Kommissionen har dermed ikke taget hensyn til formålet med den administrative procedure, der er at give medlemsstaten lejlighed til virkningsfuldt at tage til genmæle. For det andet har Kommissionen overtrådt den grundlæggende regel om, at Kommissionen skal godtgøre, at der foreligger et traktatbrud. Endelig bygger sagen på et forkert retsgrundlag.

22. Efter den østrigske regerings opfattelse skal de forhold, der førte til, at kontrakten blev indgået med selskabet Abfall, bedømmes enkeltvis. Ved en sådan bedømmelse når man til den konklusion, at direktiv 92/50 ikke kan anvendes. Det første skridt — oprettelsen af selskabet Abfall, der for 100%'s vedkommende ejedes af byen Mödling — er nemlig ikke en handling, der falder ind under bestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter. Det andet skridt — indgåelsen af kontrakten om affaldsbortskaffelse mellem byen Mödling og selskabet Abfall — udgør heller ikke nogen overtrædelse af direktiv 92/50, da der er tale om en intern, såkaldt »in house«-foranstaltning. Heller ikke det tredje skridt — byen Mödlings salg af 49% af andelene i selskabet Abfall til en privat virksomhed — falder ind under bestemmelserne om tildeling af offent-

lige kontrakter. Der er derfor i denne sag ikke tale om en tilsidesættelse af direktiv 92/50; indgåelsen af kontrakten med selskabet Abfall skulle derimod være undersøgt i henhold til EF-traktaten (bestemmelserne om støtte).

23. Kommissionen kunne kun have sandsynliggjort, at der var tale om en tilsidesættelse af direktiv 92/50, hvis den var gået ud fra en af følgende to hypoteser, nemlig at de enkelte skridt, der førte til oprettelsen af selskabet Abfall og efterfølgende til, at en privat partner deltog i selskabet, rent faktisk blev valgt for at omgå direktiv 92/50, eller at salget af andelen faktisk dækkede over, at der blev indgået en kontrakt med en privat parter, der skal kvalificeres som en offentlig ordre. Kommissionen har imidlertid ikke udtalt sig om disse hypoteser.

24. Desuden har Kommissionen under den administrative procedure ikke på noget tidspunkt anført, at den betragter indgåelsen af kontrakten om affaldsbortskaffelse på den ene side og overdragelsen af 49% af andelene samt vedtægtsændringen på den anden side som én og samme handling. Følgelig har Kommissionen ikke forelagt nogen beviser til støtte for dens påstande; den har navnlig ikke godtgjort, at byen Mödling havde til hensigt at omgå direktivet. Endelig har Kommissionen først fremført dette klagepunkt i sin replik.

25. Kommissionen er uenig med den østrigske regering. Efter dens opfattelse kan overdragelsen af den tjenesteydelse, som affaldsbortskaffelsen udgør, til selskabet Abfall, under medvirken fra selskabet Saubermacher, ikke på kunstig vis opdeles i tre skridt. Kommissionen har herved henvist til, at den i sin åbningsskrivelse (punkt 13) anførte, at det forhold, at byen Mödling i første omgang overdrog hvervet til selskabet Abfall, der for 100%'s vedkommende var ejet af byen Mödling, blot var en midlertid foranstaltning med henblik på efter overdragelse af 49% af andelene til en privat virksomhed at nå frem til en blandet virksomhed. Dette fremgår af det forhold, at der efter kommunalbestyrelsens beslutning fra den 25. juni 1999 blev forhandlet med virksomheder, der var interesseret i et samarbejde. Den korte periode mellem indgåelsen af kontrakten med selskabet Abfall og beslutningen om at afstå andelene — to uger — viser, at byen Mödling allerede fra begyndelsen havde til hensigt at lade tjenesteydelsen udføre af et selskab, som en privat virksomhed havde en stor del af andelene i. Den østrigske regering kan derfor ikke hævde, at den ikke kendte sagens genstand.

2) Bedømmelse

26. Ifølge fast retspraksis skal Kommissionen i en stævning, der er indgivet i henhold til artikel 226 EF, præcist angive de klagepunkter, som Domstolen skal træffe afgørelse om, og — i det mindste på sammenfattende

vis — gøre rede for de retlige og faktiske omstændigheder, som disse kritikpunkter støttes på.

27. Lige som Kommissionens åbningsskrivelse til medlemsstaten og dens begrundede udtalelse, der afgrænser sagens genstand, skal stævningen give medlemsstaten mulighed for at tage til genmæle og bestride alle de klagepunkter, som Kommissionen gør gældende over for medlemsstaten.

28. Denne retspraksis er til hinder for traktatbrudssøgsmål, der indledes ved en stævning, og som begrænser mulighederne for at tage til genmæle, idet de klagepunkter, der anføres, er unøjagtige eller ikke er begrundet i retlig eller faktisk henseende [3].

29. I denne sag har Kommissionen under den administrative procedure klart gjort rede for, hvorfor den mener, at den østrigske regering ikke har overholdt procedurereglerne i direktiv 92/50 ved indgåelsen af kontrakten om affaldsbortskaffelse. Den har udførligt gjort rede for de faktiske forhold, der førte til indgåelse af kontrakten om affaldsbortskaffelse, og de retlige grunde, som lå til grund for dens påstand om, at direktivet var tilsidesat.

3 — Jf. bl.a. dom af 29.9.1998, sag C-191/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5449, præmis 55, og af 22.4.1999, sag C-340/96, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, .s. 2023, præmis 36.

30. Navnlig af forholdene omkring indgåelsen af kontrakten og den måde, hvorpå selskabet Saubermacher kom til at deltage i selskabet Abfall, har Kommissionen udledt, at der var tale om et hverv, som direktiv 92/50 skulle anvendes på. Dermed er genstanden i denne sag afgrænset tilstrækkeligt.

31. Den østrigske regerings påstand om, at Kommissionen ikke har afgrænset sagens genstand, er derfor ugrundet.

32. Den østrigske regerings øvrige argumenter imod at antage sagen til realitetsbehandling vedrører materielretlige forhold. Jeg skal behandle disse i forbindelse med bedømmelsen af sagens realitet.

33. Det fremgår heraf, at den østrigske regerings anbringende om, at sagen skal afvises, ikke kan tages til følge.

B — *Realiteten*

1) Parternes anbringender

34. I sin stævning har Kommissionen påstået, at byen Mödling som lokal myndig-

hed er en ordregivende myndighed i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 92/50. Affaldsbehandling er en tjenesteydelse, der henhører under kategori 16 i direktivets bilag I A. Aftalen vedrørende denne tjenesteydelse skulle derfor indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit III til VI. Desuden overskrider aftalen om affaldsbortskaffelse tærskelværdien på 200 000 særlige trækningsrettigheder (SDR) som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra a), nr. ii), i direktiv 92/50, som ændret ved artikel 1, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 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 [4]. Procedurereglerne i artikel 11, stk. 1, og offentliggørelsesreglerne i artikel 15, stk. 2, i direktiv 92/50 finder derfor fuldt ud anvendelse.

35. I det foreliggende tilfælde er der ifølge Kommissionen ikke tale om et internt forhold mellem byen Mödling og selskabet Abfall. Til underbyggelse af dette argument har Kommissionen henvist til Teckal-dommen [5]. I denne dom fastslog Domstolen, at direktivet om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler ikke skal anvendes, såfremt »den lokale myndighed [...] underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene«. Hvis en ordregivende myndighed ikke har til hensigt at overdrage det til en tredjepart at udføre de opgaver, der påhviler myndigheden, men blot vil fordele dem anderledes internt, kan direktivet om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler ikke anvendes. I det øjeblik en privatvirksomhed ejer andele i det selskab, hvis bud er antaget, kan den ordregivende myndighed ikke længere udøve en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. En privat virksomheds mindretalspost er tilstrækkelig til at udelukke, at der foreligger en intern foranstaltning.

36. Desuden indebærer selskabet Saubermachers mindretalspost, at dette selskab har vetoret på vigtige punkter og har ret til at udpege en af de to administratorer, som har identiske rettigheder:

— Selskabet Saubermacher har vetoret ved væsentlige beslutninger i selskabet Abfall, såsom forhøjelse og nedsættelse af indskudskapitalen, ændring af selskabsformålet i selskabets vedtægter, fusion eller afståelse af selskabsandele eller deling af selskabsandele.

— Gennem udnævnelsen af en af de to administratorer udøver selskabet Saubermacher en bestemmende indflydelse på selskabet Abfall, da begge administratorer i fællesskab administrerer og repræsenterer selskabet indadtil og

4 — EFT L 328, s. 1.

5 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50.

udadtil og har fælles tegningsret. Administratorerne kan desuden handle, uden at generalforsamlingen forinden har taget stilling hertil.

37. Den østrigske regering har anført, at indgåelsen af kontrakten om affaldsbortskaffelse med selskabet Abfall ikke falder ind under direktiv 92/50's anvendelsesområde, da der er tale om en intern, såkaldt »in house«-foranstaltning. Den omstændighed, at en privat partner deltager i en virksomhed, udelukker ikke, at der er tale om en intern foranstaltning. Det afgørende er, hvor »selvstændig« medkontrahenten, dvs. selskabet Abfall, er, og ikke, hvilken indflydelse en privat partner måtte have i selskabet. I det foreliggende tilfælde havde selskabet Abfall på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten ikke ret til selv at træffe afgørelser, og selskabet har det heller ikke på nuværende tidspunkt.

38. Der er desuden ikke tale om nogen reel aftale mellem en ordregivende myndighed og en tjenesteyder som omhandlet i artikel artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, da den offentlige myndighed kan øve afgørende indflydelse på, hvorledes tjenesteyderen fungerer, og denne derfor ikke er selvstændig [6].

6 — Jf. også generaladvokat Légers forslag til afgørelse i ARGE-sagen, dom af 7.12.2000, sag C-94/99, Sml. I, s. 11037, punkt 59.

39. Regeringen har endvidere anført, at det i Teckal-dommen [7] fastlagte begreb »en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene«, blot kræver en sammenlignelig og ikke en identisk kontrol. Det er nødvendigt at foretage en helhedsbedømmelse af alle retlige og faktiske omstændigheder for at kunne afgøre, om der udøves en sammenlignelig kontrol. Hvis der tages hensyn til alle relevante faktorer, fremgår det klart, at byen Mödling — selv efter afståelsen af 49% af andelene i selskabet Abfall — havde bevaret en sådan »sammenlignelig« kontrol. Der er tale om følgende elementer:

— Som følge af sit stemmeflertal på generalforsamlingen er byen Mödling til enhver tid i stand til ikke blot at opsige kontrakten om affaldsbortskaffelse med selskabet Abfall, men også til at opløse selve selskabet.

— Byen Mödling kan fastlægge alle selskabet Abfalls aktiviteter alene, da begge administratorer er bundet af de begrænsninger, som er fastlagt af generalforsamlingen.

7 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

— I henhold til stiftelseserklæringen kan samtlige afgørelser om selskabet Abfalls aktiviteter træffes med simpelt flertal, dvs. af byen Mödling alene.

— På grundlag af sit simple flertal af andele og stemmerettigheder kan byen Mödling uden at begrunde dette afsætte administratorerne i selskabet Abfall, og dermed også den administrator, som den private virksomhed har udpeget. På generalforsamlingen kan byen Mödling desuden beslutte at nedsætte administratorernes løn.

40. I sin replik har Kommissionen bestridt den østrigske regerings anbringende om, at det skal afgøres set ud fra det konkrete tilfælde og under hensyntagen til alle omstændigheder, om der foreligger et internt kontrolforhold. En sådan undersøgelse medfører retsusikkerhed om, hvorvidt de fællesskabsretlige udbudsdirektiver skal anvendes. På grundlag af det kriterium, som Kommissionen anvender, nemlig spørgsmålet om en tredjeparts indflydelse på tilslagsmodtager, kan anvendelsesområdet for direktiv 92/50 derimod afgrænses på enkel og forudselig vis.

2) Bedømmelse

41. For at kunne bedømme, om Kommissionens klage er begrundet, skal følgende to spørgsmål undersøges:

a) Skal selskabet Abfall, som selskabet Saubermacher ejer 49% af andelene i, anses for en juridisk enhed, der, selv om det i sin egenskab af særskilt juridisk person er retlig selvstændig, stadigvæk hænger uløseligt sammen med den organisation, som byen Mödling råder over med henblik på at opfylde sine offentlige opgaver, f.eks. affaldsbortskaffelse? Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, skal byen Mödlings overdragelse af hvervet med affaldsbortskaffelse da anses for at være sket inden for kommunens organisation? I så fald er der ikke tale om en ordre, som udbudsbestemmelserne i direktiv 92/50 skal anvendes på.

b) Hvis selskabet Abfall i sin nuværende retsform, dvs. med deltagelse af selskabet Saubermacher, og som følge af de vedtægtsmæssige bestemmelser og lovregler, der skal anvendes på selskabet,

anses for en institution, der ikke er en del af byen Mödlings organisation, er de relevante regler i direktiv 92/50 da blevet overholdt korrekt?

42. Som anført ovenfor giver Kommissionens svar anledning til at undersøge, hvad der skal forstås ved en ordre, der ikke gives inden for den offentlige myndigheds egne kompetencestruktur. I henhold til fast retspraksis finder direktiv 92/50 anvendelse, når en ordregivende myndighed, som f.eks. en lokal myndighed, ønsker skriftligt med en fra den formelt forskellig institution, som også selvstændigt i forhold til den træffer beslutninger, at indgå en gensidigt bebyrdende aftale [8]. Det må følgelig antages, at en ordretager ikke anses for at henhøre under den offentlige myndigheds kompetencestruktur, hvis myndigheden er forskellig fra denne i retlig henseende. Selv om ordretager er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig institution, kan der dog foreligge andre omstændigheder, hvorunder afholdelse af et udbud ikke er obligatorisk [9]. I Teckal-dommen anføres der to kriterier, der skal anvendes kumulativt, og på grundlag af hvilke det skal bedømmes, hvorvidt der er tale om en intern kompetencestruktur. Dette er tilfældet, »såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af« [10].

43. I Teckal-dommen var den institution, der skulle betragtes i forhold til den ordregivende myndighed, udelukkende ejet af en offentlig myndighed. Stadt Halle-dommen [11], der blev afsagt efter afslutningen af den skriftlige forhandling i denne sag, drejede sig om, hvorvidt en ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over et »halvoffentligt« selskab — dvs. et selskab, som private virksomheder også ejer en andel af — som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. Domstolen fastslog, at »den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, [derimod] under alle omstændigheder [udelukker], at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene«.

44. I den nævnte sag støttede Domstolen bl.a. sin afgørelse på det forhold, at tildelingen af en offentlig kontrakt til en halvoffentlig virksomhed uden afholdelse af et udbud er i strid med målsætningen om en fri og ufordrejet konkurrence samt med princippet om ligebehandling af de interesserede parter, som er fastsat i direktiv 92/50, for så vidt som en sådan fremgangsmåde bl.a. giver den private virksomhed, som ejer en andel af den halvoffentlige virksomhed, en konkurrencefordel [12].

8 — Jf. ARGE-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 40, og Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5.

9 — Jf. dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle, Sml. I, s. 1, præmis 49.

10 — Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5.

11 — Stadt Halle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9.

12 — Stadt Halle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9.

45. Kort sagt kan et retssubjekt, der i sin egenskab af en særskilt juridisk person er retlig selvstændigt, ikke anses for at være en del af en ordregivende myndighed, i det øjeblik en privat virksomhed ejer en del af selskabets kapital.

46. På grundlag af de faktiske omstændigheder, der er gengivet ovenfor under punkt 7-16, og de klausuler i vedtægterne, som Kommissionen har anført uden at blive modsagt, kan der fastslås følgende:

— Selskabet Saubermacher ejer 49% af andelene i selskabet Abfall.

— Denne deltagelse er forbundet med retten til at udpege en administrator.

— Disse administratorer har ansvaret for selskabet Abfalls forretningsmæssige aktiviteter.

— Væsentlige beslutninger vedrørende selskabets organisation og struktur kan kun træffes med kvalificeret flertal på andelsindehavernes generalforsamling.

47. Allerede som følge af disse omstændigheder forekommer det berettiget at konkludere, at forholdet mellem byen Mödling og selskabet Abfall ikke er noget internt forhold, hvor kommunen kan udøve en kontrol, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. Det gør ingen forskel, at kommunen kan beslutte at ophæve samarbejdet med selskabet Saubermacher. Kommunen er herved bundet af de generelle og særlige bestemmelser i national civilret og reglerne om fysiske og juridiske personer, der regulerer forholdene mellem de parter, der arbejder sammen i et selskab; dette viser, at kommunen under alle omstændigheder skal tage hensyn til selskabet Saubermachers berettigede interesser. Det er nemlig ikke sandsynligt, at selskabet Saubermacher ville have været villig til via overtagelse af en — betydelig — andel af selskabet Abfall at indgå et samarbejde med byen Mödling, der ejer resten af andelene, såfremt sidstnævnte ved en skønsmæssig afgørelse på egen hånd kunne afgøre, om forholdet skulle opretholdes.

48. I det foreliggende tilfælde kan ændringen af Mödling kommunes interne tjenestegren til en privat virksomhed ikke anses for en intern »in house«-foranstaltning, når henses til forløbet af processen hen imod selvstændighed og selskabet Abfalls adfærd.

49. Umiddelbart efter at byen Mödling den 16. juni 1999 havde stiftet selskabet Abfall den 16. juni 1999, indledte den nemlig efter

kommunalbestyrelsens beslutning af 25. juni søgningen efter en privat partner til den stiftede virksomhed. Ved at lade selskabet Saubermacher deltage opnåede byen Mödling den nødvendige fagkundskab til at kunne drive selskabet Abfall erhvervsmæssigt.

50. Denne fortolkning af de faktiske omstændigheder bekræftes desuden af følgende forhold:

— Gennemførelsen af kontrakten om affaldsbortskaffelse mellem byen Mödling selskabet Abfall blev først iværksat, efter at selskabet Saubermacher var blevet selskabsdeltager.

— Selskabet Abfall leverer 20 til 30% af sine tjenesteydelser til tredjeparter (jf. ovenfor under punkt 16).

51. Da selskabet Abfall i sin nuværende retsform, dvs. med deltagelse af selskabet Saubermacher, og som følge af de vedtægtsmæssige bestemmelser og lovregler, der skal anvendes på selskabet, må anses for en institution, der ikke er en del af byen Mödlings organisation, skal det undersøges, om aftalen om affaldsbortskaffelse, hvorved byen Mödling har givet selskabet Abfall eneret til at indsamle og behandle affald, falder ind under direktiv 92/50, og i givet fald om bestemmelserne heri er blevet anvendt korrekt.

52. Jeg skal indledningsvis fastslå, at byen Mödling er en lokal myndighed. Den østrigske regering har heller ikke bestridt dette. I henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 er »ordregivende myndigheder« staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer. Følgelig er byen Mödling som lokal myndighed en ordregivende myndighed og henhører under direktivets personlige anvendelsesområde.

53. De tjenesteydelser, der leveres inden for rammerne af det pågældende forhold, henhører ligeledes under direktivet. I direktivets bilag I A nævnes blandt de tjenesteydelseskategorier, der er omfattet af direktivet, under kategori 16 »kloakering og affaldsbortskaffelse; rensning og lignende tjenesteydelser«. Hvad angår det konkrete indhold af disse tjenesteydelser henviser bilag I A til CPC-referencenumrene (Central Product Classification, De Forenede Nationers centrale varenomenklatur), der er anført ved siden af den pågældende tjenesteydelseskategori. Selskabet Abfall beskæftiger sig i det væsentlige med at indsamle og behandle

affald, storskrald, brugte materialer, affald, der kan komposteres, og problemaffald. Heraf følger, at selskabet Abfalls kerneområder henhører under de tjenesteydelser, der nævnes i direktivets bilag I A, og at direktivets bestemmelser finder anvendelse på det.

54. Det næste forhold, der skal undersøges, er karakteren af forholdet mellem byen Mödling og selskabet Abfall. I henhold til ottende betragtning til direktivet finder direktivet kun anvendelse på »tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet«. Artikel 1, litra a), indeholder en definition af begrebet »offentlige tjenesteydelsesaftaler«, nemlig »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«.

55. For at kunne kvalificere forholdet som en offentlig aftale må det undersøges, om aftalen blev indgået i form af en kontrakt, og om der blev aftalt en modydelse af pengeværdi. Dette er tilfældet her. Det fremgår klart, at byen Mödling i henhold til kontrakten om affaldsbortskaffelse, hvorved byen Mödling gav selskabet Abfall eneret til at indsamle og behandle affald, skal erlægge en betaling til selskabet Abfall, fastsat i form af et fast beløb pr. skraldespand eller container, som modydelse for indsamling og behandling af affald.

56. Desuden skal de to juridiske personer, der har indgået kontrakten, være forskellige fra hinanden i retlig henseende, da der ellers er tale om en »in house«-tjenesteydelse. Jeg har allerede under punkt 46-50 fastslået, at selskabet Abfall hverken retligt eller faktisk set kan anses for en intern tjenestegren i byen Mödling.

57. Det forhold, at beslutningen om at indgå en kontrakt mellem byen Mödling og selskabet Abfall blev truffet, da selskabet Abfall stadig udelukkende var ejet af byen Mödling, ændrer ikke ved, at der skulle være afholdt udbud om den offentlige aftale i henhold til artikel 8, sammenholdt med artikel 11, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, i direktivet, i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI. Visheden om, at selskabet Abfall modtager ordren fra byen Mödling, øger nemlig en privat interessents tilskyndelse til at erhverve en andel i denne virksomhed. Sådanne former for ekstern selvstændiggørelse, hvor den institution, der bliver selvstændig, gøres til en appetitvækkende »medgift« for private interessenter,

idet institutionen forinden har modtaget en ordre på ubestemt tid, kan imidlertid ikke begrænse anvendelsen af direktiv 92/50. Direktivet skal også fortsat anvendes på sådanne konstruktioner.

58. Sammenfattende når jeg frem til den konklusion, at Kommissionen har påvist, at artikel 8, sammenholdt med artikel 11, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, i direktivet er overtrådt.

VI — Forslag til afgørelse

59. Jeg foreslår derfor Domstolen at fastslå, at

— Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, idet byen Mödling har indgået en kontrakt om bortskaffelse af affald, uden at de procedure- og offentliggørelsesregler, som er foreskrevet ved direktivets artikel 8, sammenholdt med artikel 11, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, er blevet overholdt

— Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.