DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

2. december 1999 *

I sag C-176/98,

angående en anmodning som Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italien) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Holst Italia SpA

mod

Comune di Cagliari,

procesdeltager:

Ruhrwasser Ag International Water Management,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1),

* Processprog: italiensk.

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af formanden for Sjette Afdeling, J.C. Moitinho de Almeida, som fungerende formand for Femte Afdeling, og dommerne L. Sevón, C. Gulmann, J.-P. Puissochet (refererende dommer) og M. Wathelet,

generaladvokat: P. Léger
justitssekretær: fuldmægtig L. Hewlett,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Holst Italia SpA ved advokat C. Colapinto, Rimini, advokat P. Leone, Rom, og advokaterne A. Tizzano og G.M. Roberti, Neapel

— Comune di Cagliari ved advokaterne F. Melis og G. Farci, Cagliari

— Ruhrwasser AG International Water Management ved advokaterne M. Vignolo og G. Racugno, Cagliari, og advokat R.A. Jacchia, Milano

— den italienske regering ved afdelingschef, professor U. Leanza, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, bistået af statens advokat F. Quadri

— den nederlandske regering ved fungerende direktør T.T. van den Hout, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved afdelingschef i Forbundskanslerens Kontor, W. Okresek, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved P. Stancanelli, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 20. maj 1999 er afgivet mundtlige indlæg af Holst Italia SpA ved advokaterne C. Colapinto, P. Leone, G.M. Roberti og advokat F. Sciaudone, Neapel, af Comune di Cagliari ved advokaterne F. Melis og G. Farci, af Ruhrwasser AG International Water Management ved advokaterne M. Vignolo og R.A. Jacchia, af den italienske regering ved F. Quadri, og af Kommissionen ved P. Stancanelli,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 23. september 1999,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 10. februar 1998, indgået til Domstolen den 11. maj 1998, har Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende

fortolkningen af Rådets direktiv 92/50 EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

2 Spørgsmålet er blevet rejst under en sag mellem selskabet Holst Italia SpA (herefter »Holst Italia«) og Cagliari kommune vedrørende sidstnævntes tildeling af en kontrakt gennem en procedure med indhentning af underhåndstilbud på indsamling og rensning af husspildevand til selskabet Ruhrwasser AG International Water Management (herefter »Ruhrwasser«).

Fællesskabsretlige bestemmelser

3 I direktiv 92/50 fastlægges de kriterier for kvalitativ udvælgelse, på grundlag af hvilke det kan afgøres, hvem af de bydende der kan få adgang til at deltage i en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale.

4 Direktivets artikel 31 indeholder følgende bestemmelser:

»1. Bevis for tjenesteyderens finansielle og økonomiske formåen kan normalt føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

a) relevante erklæringer fra bank eller bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring

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

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

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

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

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

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

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

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

b) forelæggelse af en liste over de betydeligste tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt de offentlige eller private modtagere af de leverede tjenesteydelser:

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Den ordregivende myndighed skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilke af disse former for dokumentation den ønsker at få forelagt.

4. De i artikel 31 og i stk. 1, 2 og 3 i nærværende artikel omhandlede oplysninger kan kun kræves, i det omfang de vedrører ordrens genstand, og de ordregivende

myndigheder skal tage hensyn til tjenesteydernes legitime interesser med hensyn til beskyttelse af tekniske hemmeligheder eller forretningshemmeligheder.«

6 I artikel 25 i direktiv 92/50 hedder det endvidere:

»I udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed anmode den bydende om i buddet at angive, hvilke dele af en aftale han eventuelt har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand.

Denne angivelse berører ikke hovedtjenesteyderens ansvar.«

7 I artikel 26 i direktiv 92/50 hedder det endelig:

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

2. Ansøgere eller bydende, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at udføre den pågældende tjenesteydelse, kan ikke afvises alene med den begrundelse, at det i henhold til lovgivningen i den

medlemsstat, hvor ordren tildeles, kunne kræves, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person.

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

Hovedsagen

8 I 1996 foranstaltede Cagliari kommune en procedure med indhentning af underhåndsbud med henblik på en kontrakt af tre års varighed på driften af rensningsanlæg og kloakrensning, der skulle tildeles på grundlag af kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud.

9 I udbudsbekendtgørelsen, der blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 3. januar 1997, var det bestemt, at interesserede virksomheder skulle fremlægge dokumentation dels for en gennemsnitlig årsomsætning på mindst 5 mia. ITL i perioden 1993-1995 på drift af rensningsanlæg for husstandsspildevand og kloakrensning, dels for faktisk i mindst to år i træk inden for de sidste tre år at have drevet et rensningsanlæg for husstandsspildevand, idet de ellers ikke kunne deltage i udbudsproceduren.

10 Ruhrwasser, som kun havde været optaget i firmaregistret fra den 9. juli 1996, kunne ikke dokumentere nogen omsætning for årene 1993-1995 eller faktisk

drift af mindst et rensningsanlæg for husstandsspildevand inden for de sidste tre år.

11 Ruhrwasser fremlagde som dokumentation for, at selskabet var i stand til at deltage i den udbudsprocedure, ved hvis afslutning selskabet fik tildelt kontrakt, forskellige dokumenter vedrørende en anden juridisk person, nemlig den tyske offentlige sammenslutning Ruhrverband, der som eneste aktionær i virksomheden RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft sammen med fem andre selskaber har stiftet Ruhrwasser som et tysk aktieselskab, som hver af moderselskaberne ejer 1/6 af, med det formål at sætte disse i stand til at indgå kontrakter om indsamling og behandling af vand i udlandet.

12 Holst Italia, der også deltog i proceduren, men hvis bud blev fundet mindre fordelagtigt af udbudskommissionen, anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna med påstand om annullation af Cagliari kommunalbestyrelses afgørelse om at tildele Ruhrwasser kontrakten, med den begrundelse, at dette selskab ikke havde fremlagt den dokumentation, der var nødvendig for at kunne deltage.

13 Ruhrwasser har interveneret i sagen for Tribunale og har nedlagt selvstændig påstand om, at det fastslås, at udbudsbekendtgørelsen var ulovlig, i det omfang det deri var forbudt en bydende virksomhed at godtgøre sin egen tekniske og finansielle formåen som deltager i proceduren gennem henvisning til et andet selskab.

14 Tribunale har efter en analyse af forbindelsen mellem Ruhrwasser og de selskaber, der har stiftet det, fastslået, at der består »en snæver forbindelse mellem Ruhrverband og Ruhrwasser, der gør det muligt for Ruhrwasser at henvise til førstnævntes ressourcer og organisation«. På baggrund heraf har Tribunale fundet det nødvendigt at tage stilling til, om direktiv 92/50 skal fortolkes således,

at henvisninger vedrørende et retssubjekt, der er forbundet med den virksomhed, der ønsker at deltage, kan anerkendes som bevis for denne virksomheds tekniske og økonomiske formåen.

15 Ifølge Tribunale har Domstolen således i dom af 14. april 1994, sag C-389/92, Ballast Nedam Groep, benævnt »Ballast Nedam Groep I« (Sml. I, s. 1289), og af 18. december 1997, sag C-5/97, Ballast Nedam Groep, benævnt »Ballast Nedam Groep II« (Sml. I, s. 7549), anerkendt, at en virksomhed har mulighed for at godtgøre, at den er i besiddelse af den fornødne tekniske og økonomiske egnethed ved at henvise til andre selskaber, der tilhører samme koncern som den, men den i disse domme omhandlede situation adskiller sig fra situationen i denne sag, idet der dengang dels var tale om kontrakter, der henhører under Rådets direktiv 71/304/EØF af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området for offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer eller filialer (EFT 1971 II, s. 610) og Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), dels havde det i Ballast Nedam Groep I og Ballast Nedam Groep II-sagerne omhandlede selskab til forskel fra Ruhrwasser en dominerende stilling i den koncern, hvis egnethed det påberåbte sig som holdingselskab for datterselskaberne.

16 For at opnå en afgørelse af, om den af Domstolen trufne afgørelse i disse sager til trods for disse forskelle også kan finde anvendelse i en situation som den i hovedsagen foreliggende, har Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna udsat sagen og anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Har et selskab efter Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler mulighed for at godtgøre, at det opfylder de tekniske og økonomiske betingelser for at få

adgang til en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale ved at henvise til de tekniske og økonomiske kvalifikationer hos et andet retssubjekt, der fuldt ud ejer et af de selskaber, som er medejere af det førstnævnte selskab?«

Det præjudicielle spørgsmål

17 Holst Italia har anført, at adgangen til at henvise til den tekniske og økonomiske formåen hos en anden juridisk person end den virksomhed, der ønsker at deltage, efter direktiv 92/50 kun består, når virksomheden kan godtgøre, at den strukturelt er særligt nært forbundet med den virksomhed, der er i besiddelse af de kvalifikationer, der er nødvendige for opfyldelse af aftalen.

18 En sådan strukturforbindelse, der ifølge sagsøgeren i hovedsagen udgør en garanti af afgørende betydning for den ordregivende myndighed, forudsætter efter Domstolens praksis, at det bydende selskab har en dominerende indflydelse på den juridiske person, den har henvist til, og reelt og fuldt ud disponerer over alle dens ressourcer. Dette er ikke tilfældet, når den bydende blot henviser til forpligtelser af kommerciel art, der er indgået af en juridisk person, der indirekte er mindretalsaktionær i den bydende virksomhed. Dersom der under sådanne omstændigheder kan tages hensyn til en tredjemands formåen, mister de kvalifikationer, der påberåbes, enhver karakter af at tilhøre en bestemt virksomhed.

19 Den italienske regering har også stillet sig tvivlende med hensyn til, om et datterselskab, der indirekte ejes af en sammenslutning, kan gøre gældende, at det disponerer over denne sammenslutnings tekniske og finansielle ressourcer, men den har dog anerkendt, at det er den nationale ret, der må vurdere de beviselementer, som den bydende virksomhed har fremlagt herom.

20 Ruhrwasser er derimod ligesom den nederlandske og den østrigske regering af den opfattelse, at den retlige karakter af den forbindelse, der består mellem de

sammensluttede virksomheder, ikke under nogen omstændighed kan begrunde et afslag på at lægge vægt på en anden deltagers kvalifikationer og ressourcer til fordel for en deltager i sammenslutningen. Hvilken retlig virksomhedsstruktur der end er valgt, er det eneste afgørende, hvad dette betyder for rådigheden over ressourcerne.

21 Dette betyder ifølge Ruhrwasser, at i et tilfælde, hvor der ud over en strukturel forbindelse, der navnlig beror på ejerforholdene, er givet bindende tilsagn om, at det datterselskab, der deltager i udbudsproceduren, kan få ressourcer stillet til rådighed, er der virkeligt ført bevis for, at der faktisk er rådighed over de ressourcer, der kræves for at opfylde aftalen.

22 Efter Kommissionens opfattelse kan den principielle besvarelse, Domstolen gav i Ballast Nedam Groep I og II-sagerne finde tilsvarende anvendelse på en situation som den her foreliggende. Den har dog betonet, at den bydende virksomheds mulighed for virkeligt at råde over de ressourcer, der kræves for at opfylde aftalen, ikke, hvordan det retlige forhold mellem deltagerne i den virksomheds-sammenslutning/koncern, den tilhører, end er, kan støttes på en formodning, men af den nationale ret må vurderes på grundlag af en præcis gennemgang af de beviser, som den pågældende er forpligtet til at fremlægge, og det fremgår ikke af forelæggelseskendelsen, om en sådan gennemgang på grundlag af en fyldestgørende dokumentation har fundet sted i hovedsagen.

23 Det skal straks bemærkes, at direktiv 92/50, som det fremgår af sjette betragtning til direktivet, har til formål at fjerne hindringer for den frie bevægelighed for tjenesteydelser i forbindelse med indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, på samme måde, som direktiv 71/304 og 71/305 har til formål at sikre fri udveksling af tjenesteydelser inden for området for offentlige bygge- og anlægskontrakter (jf. Ballast Nedam Groep I-dommen, præmis 6).

24 Med henblik herpå er der i kapitel 1 i afsnit VI i direktiv 92/50 givet fælles regler for deltagelse i procedurerne for afslutning af offentlige tjenesteydelseskontrakter,

herunder reglen om adgangen til at give en del af kontrakten i underentreprise til tredjemand (artikel 25), og reglen om, at adgang for en sammenslutning af tjenesteydere til at deltage, uden at det kan kræves af disse sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form (artikel 26).

25 Endvidere er det eneste formål med de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der er fastlagt i kapital 2 i afsnit VI i direktiv 92/50 at give regler om objektiv vurdering af de bydendes formåen, navnlig i finansiel og økonomisk henseende og i teknisk henseende. Et kriterium, der er fastlagt i artikel 31, stk. 3, giver tjenesteyderen adgang til at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet. I artikel 32, stk. 2, litra c), hedder det endvidere udtrykkeligt, at tjenesteyderen kan godtgøre sin tekniske formåen ved oplysninger om de involverede teknikere eller tekniske organer, uanset om de hører til tjenesteyderens virksomhed eller ej, som tjenesteyderen vil råde over ved præsteringen af tjenesteydelsen (jf. på linje hermed for så vidt angår direktiv 71/305, Ballast Nedam Groep I-dommen, præmis 12).

26 Det fremgår således af disse bestemmelsers formål og ordlyd, at ingen kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrundelse, at han ved aftalens opfyldelse agter at benytte ressourcer, som han ikke selv er i besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer (jf. på linje hermed for så vidt angår direktiv 71/304 og 71/305, Ballast Nedam Groep I-dommen, præmis 15).

27 En tjenesteyder, der ikke alene opfylder mindstekravene for deltagelse i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt, kan således over for den ordregivende myndighed henvise til kvalifikationerne hos tredjemænd, som agtes benyttet, såfremt kontrakten tildeles ham.

28 En sådan henvisning til tredjemands formåen kan imidlertid ikke betingelsesløst anerkendes. Den ordregivende myndighed må nemlig, som det angives i artikel 23 i direktiv 92/50, tage stilling til tjenesteydernes egnethed på grundlag

af de opregnede kriterier. Denne gennemgang skal navnlig give den ordregivende myndighed sikkerhed for, at den bydende virkelig råder over de ressourcer af enhver art, som han påberåber sig, i den af kontrakten omfattede periode.

29 Når et selskab godtgør sin tekniske, finansielle og økonomiske kapacitet for at få adgang til at deltage i en udbudsprocedure og herved henviser til kapaciteten i sammenslutninger eller virksomheder, som det indirekte eller direkte er knyttet til, uanset hvorledes denne tilknytning juridisk er beskaffen, må det således godtgøre, at det reelt disponerer over disse sammenslutningers eller virksomheders ressourcer, som det ikke selv ejer, og som er fornødne for aftalens opfyldelse (jf. på linje hermed for så vidt angår direktiv 71/304 og 71/305, Ballast Nedam Groep I-dommen, præmis 17).

30 Det tilkommer den nationale ret at afgøre, hvilken betydning der må tillægges de beviser, virksomheden fremlægger. Ved denne vurdering er det ikke efter direktiv 92/50 tilladt hverken på forhånd at udelukke visse former for bevis eller at opstille en formodning for, at tjenesteyderen råder over ressourcer tilhørende tredjemænd, alene fordi virksomheden tilhører den samme koncern eller virksomhedssammenslutning.

31 Det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at direktiv 92/50 skal fortolkes således, at en tjenesteyder efter dette direktiv med henblik på at godtgøre, at han opfylder de økonomiske, finansielle og tekniske betingelser for at deltage i en udbudsprocedure vedrørende afslutning af en offentlig tjenesteydelsesaftale, kan henvise til andre virksomheders kvalifikationer, uanset hvorledes han retligt er forbundet med dem, såfremt han kan bevise, at han

virkeligt råder over de af disse virksomheders ressourcer, der er nødvendige for at opfylde aftalen. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om et sådant bevis er ført i hovedsagen.

Sagens omkostninger

32 De udgifter, der er afholdt af den italienske, den nederlandske og den østrigske regering samt af Kommissionen, der har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna ved kendelse af 10. februar 1998, for ret:

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler skal fortolkes således, at en tjenesteyder efter dette direktiv med henblik på at godtgøre, at han opfylder de

økonomiske, finansielle og tekniske betingelser for at deltage i en udbudsprocedure vedrørende afslutning af en offentlig tjenesteydelsesaftale, kan henvise til andre virksomheders kvalifikationer, uanset hvorledes han retligt er forbundet med dem, såfremt han kan bevise, at han virkeligt råder over de af disse virksomheders ressourcer, der er nødvendige for at opfylde aftalen. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om et sådant bevis er ført i hovedsagen.

Moitinho de Almeida Sevón Gulmann

Puissochet Wathelet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 2. december 1999.

R. Grass D.A.O. Edward

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling