DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

11. maj 2006 *

I sag C-340/04,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) ved afgørelse af 27. maj 2004, indgået til Domstolen den 9. august 2004, i sagen:

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

mod

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

procesdeltager:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Processprog: italiensk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne K. Schiemann, N. Colneric, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer) og E. Levits,

generaladvokat: C. Stix-Hackl
justitssekretær: ekspeditionssekretær C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 10. november 2005,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Carbotermo SpA ved avvocati A. Sansone og P. Sansone

— Consorzio Alisei, sammen med AGESI, ved avvocati B. Becchi og L. Grillo

— Comune di Busto Arsizio ved avvocatessa C. Caputo

— AGESP SpA ved avvocati A. Sciumè og D. Tassan Mazzocco ,

— den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo

— den tyske regering ved W.-D. Plessing, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— den polske regering ved T. Nowakowski, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved M. Hoskins, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis og D. Recchia, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 12. januar 2006,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

2 Denne anmodning er fremsat under en tvist mellem virksomhederne Carbotermo SpA (herefter »Carbotermo«) og Consorzio Alisei på den ene side, og Comune di Busto Arsizio (herefter »Busto Arsizio kommune«) og virksomheden AGESP SpA (herefter »AGESP«) på den anden side, vedrørende tildeling til sidstnævnte af en kontrakt om levering af brændsel samt drift og vedligeholdelse af varmeinstallationer i den nævnte kommunes bygninger.

Retsforskrifter

Fællesskabsretlige bestemmelser

3 Artikel 1, litra a) og b), i direktiv 93/36 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »Offentlige indkøbsaftaler«, gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde.

b) »Ordregivende myndigheder«, staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område

— som er en juridisk person, og

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

[...]«

4 Samme direktivs artikel 6 bestemmer følgende:

»1. De ordregivende myndigheder anvender ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler [...] [offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling] i de nedenfor anførte tilfælde.

2. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling, når [...].

3. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

[...]

4. I alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder indgå indkøbskontrakter ved offentligt udbud eller ved begrænset udbud.«

5 Artikel 1, nr. 3, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84) bestemmer følgende:

»I dette direktiv forstås ved

[...]

3) »tilknyttet virksomhed«: en virksomhed, hvis årsregnskaber er konsolideret med ordregiverens årsregnskaber i overensstemmelse med kravene i Rådets syvende direktiv 83/349/EØF af 13. juni 1983 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om konsoliderede regnskaber [...] (EFT L 193, s. 1) eller, når det drejer sig om virksomheder, der ikke er underlagt nævnte direktiv, en virksomhed, som ordregiveren direkte eller indirekte kan udøve en bestemmende indflydelse på som omhandlet i nr. 2 i denne artikel, eller som kan udøve bestemmende indflydelse på ordregiveren, eller som sammen med ordregiveren er underkastet en anden virksomheds bestemmende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler.«

6 Samme direktivs artikel 13 bestemmer følgende:

»1. Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelsesaftaler:

a) som en ordregiver indgår med en tilknyttet virksomhed

b) der af et joint venture bestående af flere ordregivere med henblik på udøvelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for virksomhed indgås med en af de deltagende ordregivere eller med en virksomhed, der er tilknyttet en af de deltagende ordregivere

såfremt mindst 80% af den gennemsnitlige omsætning af tjenesteydelser, som den pågældende virksomhed har haft i Fællesskabet i løbet af de seneste tre år, hidrører fra leveringen af tjenesteydelser til de virksomheder, den er tilknyttet.

Når den samme tjenesteydelse eller lignende tjenesteydelser præsteres af mere end én virksomhed tilknyttet ordregiveren, skal den samlede tjenesteydelsesomsætning inden for Fællesskabet i de pågældende virksomheder tages i betragtning.

2. Ordregiverne meddeler efter anmodning fra Kommissionen denne følgende oplysninger vedrørende anvendelse af bestemmelserne i stk. 1:

— de involverede virksomheders navn

— de pågældende tjenesteydelsesaftalers art og værdi

— alle oplysninger, som Kommissionen måtte finde nødvendige for at godtgøre, at forholdet mellem ordregiveren og den virksomhed, som kontrakterne tildeles, opfylder kravene i denne artikel.«

Italiensk ret

7 Ved dom nr. 5316 af 18. september 2003 fastslog Consiglio di Stato, at en lokal myndighed var berettiget til at indgå en forsyningsaftale med en leverandør uden at afholde udbud, såfremt den lokale myndighed udførte en kontrol med leverandøren, der svarer til den kontrol, som den førte med sine egne tjenestegrene, og når leverandøren udførte hovedparten af sine aktiviteter sammen med den myndighed, som kontrollerede den.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8 Carbotermo er en virksomhed, der er specialiseret i kontrakter om energiforsyning og drift af varmeinstallationer for såvel offentlige som private kunder.

9 Consorzio Alisei er en virksomhed, som leverer energiprodukter og tjenesteydelser i forbindelse med luftkonditionering og opvarmning af bygninger.

10 AGESP Holding SpA (herefter »AGESP Holding«) er et aktieselskab, som opstod ved omdannelse, der blev besluttet den 24. september 1997, af Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, en specialiseret virksomhed i Busto Arsizio kommune. AGESP Holdings selskabskapital ejes i øjeblikket for 99,98%'s vedkommende af Busto Arsizio kommune. De øvrige aktionærer er kommunerne Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate og Olgiate Olona, som hver især har en aktie.

11 Ifølge sine vedtægters artikel 2 er AGESP Holdings formål bl.a. varetagelse af tjenesteydelser i offentlig interesse inden for sektorerne gas, vand, renholdelse, transport, parkering, offentlige bade, apoteker, el- og varmeforsyning, bedemandsvæsen og vejafmærkning.

12 Dets vedtægters artikel 6 bestemmer:

»[...] Aktiemajoriteten er forbeholdt [Busto Arsizio kommune].

[...]

Foruden [Busto Arsizio kommune] kan andre lokale myndigheder (provinser, kommuner og deres sammenslutninger), økonomiske og finansielle virksomheder, lokale sammenslutninger og brancheorganisationer samt private borgere, som tilslutter sig de vedtægtsmæssige formål, indtræde som deltagere i selskabet [...]«

13 De samme vedtægters artikel 7 bestemmer følgende:

»Ingen selskabsdeltager, der er en privat person, kan besidde mere end 10% af den samlede selskabskapital [...]«

14 Ifølge artikel 18 i AGESP Holdings vedtægter ledes dette af en bestyrelse.

15 Vedtægternes artikel 26 bestemmer:

»Bestyrelsen har de mest vidtgående beføjelser med henblik på selskabets ordinære og ekstraordinære drift, herunder mulighed for at udføre alle de handlinger, som den finder nødvendige for at gennemføre og opnå selskabets formål, alene med undtagelse af handlinger, som loven eller vedtægterne udtrykkeligt forbeholder generalforsamlingen [...]«

16 AGESP er et aktieselskab, der blev stiftet den 12. juli 2000 af AGESP Holding, og hvis selskabskapital for øjeblikket ejes for 100%'s vedkommende af AGESP Holding.

17 Ifølge selskabets vedtægters artikel 3 i den ændrede version, som udvider selskabets formål, og som er fremlagt for den forelæggende ret, har AGESP til formål at udøve virksomhed inden for tjenesteydelser af offentlig interesse i sektorerne for gas, vand, renholdelse, transport, parkering, elforsyning, varme, luftkonditionering, EDB, telekommunikation, geoteknik, belysning samt for tjenesteydelser over for tilsluttede selskaber.

18 Artikel 7 i AGESP's vedtægter bestemmer:

»Ingen aktionær med undtagelse af hovedaktionæren, selskabet AGESP Holding [...], kan besidde mere end en tiendedel af den samlede selskabskapital [...]«

19 Ifølge vedtægternes artikel 17 ledes AGESP af en bestyrelse.

20 Vedtægternes artikel 19 bestemmer herom følgende:

»Bestyrelsen har de mest vidtgående beføjelser, uden begrænsning, til at varetage selskabets ordinære og ekstraordinære drift.«

21 Den 22. september 2003 offentliggjorde Busto Arsizio kommune et udbud med henblik på energiforsyning samt vedligeholdelse og teknisk opdatering af varmeinstallationerne i kommunale bygninger. Kontrakten, som havde en anslået værdi på 8 450 000 EUR eksklusiv moms, omfattede levering af brændsel (heraf fire femtedele fyringsolie og en femtedel naturgas) for i alt 5 700 000 EUR, vedligeholdelse af varmeinstallationer for 1 000 000 EUR og teknisk opdatering af nævnte installationer for 1 750 000 EUR.

22 Carbotermo afgav et bud den 22. november 2003. Consorzio Alisei udarbejdede et bud uden at fremsætte det inden for den fastsatte frist.

23 Den 21. november 2003 besluttede Busto Arsizio kommune på baggrund af Consiglio di Statos dom nr. 5316, som er nævnt i denne doms præmis 7, at udsætte udbudsproceduren indtil den 10. december 2003.

24 Ved beslutning af 10. december 2003 indstillede Busto Arsizio kommune udbudsproceduren og forbeholdt sig muligheden for senere at tildele kontrakten direkte til AGESP.

25 Ved beslutning af 18. december 2003 tildelte Busto Arsizio kommune den pågældende kontrakt direkte til AGESP. Denne beslutning var begrundet med den betragtning, at AGESP opfyldte de to betingelser, som er fastsat i fællesskabsretspraksis og national retspraksis for at indgå offentlige kontrakter uden udbud, nemlig at den lokale myndighed udøver en kontrol med tilslagsmodtageren, der svarer til den, som den udøver med sine egne tjenestegrene, og at denne tilslagsmodtager udfører den væsentlige del af sin aktivitet sammen med den myndighed, som kontrollerer den. I bemærkningerne til denne beslutning fastslås det dels, at der er et afhængighedsforhold mellem AGESP og Busto Arsizio kommune som følge af, at sidstnævnte ejer 99,98% af kapitalen i AGESP Holding, som ejer 100% af kapitalen i AGESP. Dels nævnes det i bemærkningerne, at størstedelen af AGESP's omsætning hidrører fra aktiviteter, som er overdraget selskabet ved kontrakter opnået direkte fra Busto Arsizio kommune.

26 Ved bekendtgørelse af 23. januar 2004 offentliggjorde AGESP et udbud som led i en fremskyndet procedure for levering af den pågældende fyringsolie og tildelte virksomheden Pezzoli Petroli Srl denne kontrakt den 27. februar 2004. Den 28. april, den 18. maj, den 30. juni og den 2. september 2004 tildelte AGESP andre virksomheder kontrakter om forarbejdning af naturgas, teknisk opdatering, vedligeholdelse og installation af et kontrol- og fjernstyringssystem for varmeinstallationerne i forskellige kommunale bygninger. Hverken Carbotermo eller Consorzio Alisei var blandt tilslagsmodtagerne for disse kontrakter.

27 Carbotermo og Consorzio Alisei anfægtede beslutningerne om at udsætte udbuddet og om at tildele den pågældende kontrakt til AGESP for Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

28 For denne ret gjorde disse to virksomheder gældende, at betingelserne for, at direktiv 93/36 kunne anses for ikke at finde anvendelse, ikke var opfyldt i dette tilfælde. Dels var AGESP ikke kontrolleret af Busto Arsizio kommune, fordi denne kun ejer en del af AGESP gennem et holdingselskab, hvori den ejede 99,98% af aktierne, og fordi AGESP bevarede et privatretligt aktieselskabs fulde selvstændighed. Dels udførte

AGESP ikke størstedelen af sin virksomhed for Busto Arsizio kommune, da selskabet havde langt under 80% af sin omsætning med denne kommune, et kriterium, som skulle lægges til grund ved analog anvendelse af artikel 13 i direktiv 93/38.

29 Busto Arsizio kommune og AGESP gjorde heroverfor gældende, at den direkte tildeling var tilladt i dette tilfælde, fordi AGESP var kontrolleret af Busto Arsizio kommune, fordi denne var deltager i selskabets kapital, og fordi AGESP udførte størstedelen af sin aktivitet med denne kommune. I denne forbindelse præciserede AGESP, at mere end 28% af den omsætning, som selskabet havde på Busto Arsizio kommunes område, stod i forbindelse med ydelser, som direkte blev udført for kommunen, og at den omsætning, som det havde på denne kommunes område, udgjorde 65,59% af dets samlede omsætning.

30 På denne baggrund besluttede Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er direkte tildeling af en kontrakt om levering af brændsel til varme-installationer i bygninger ejet eller drevet af en kommune, samt de tilsvarende opgaver med drift og vedligeholdelse af nævnte installationer (hvor den beløbsmæssigt væsentligste del af kontrakten vedrører levering af brændsel), til et aktieselskab, som på nuværende tidspunkt er fuldt ud ejet af et andet aktieselskab, hvori den ordregivende kommune er hovedaktionær (med 99,98% af aktiekapitalen), nemlig til et selskab (AGESP), som ikke ejes direkte af den offentlige myndighed, men af et andet selskab (AGESP Holding), hvis kapital på nuværende tidspunkt ejes for 99,98%'s vedkommende af den offentlige myndighed, forenelig med direktiv 93/96 [...]?

2) Skal betingelsen om, at den virksomhed, til hvem kontrakten tildeles, direkte skal udføre hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, den ejes af, vurderes på grundlag af artikel 13 i direktiv 93/38 [...], og kan det konkluderes, at betingelsen er opfyldt, når den pågældende virksomhed har hovedparten af sin omsætning sammen med den offentlige myndighed, den ejes af, eller i givet fald, når den har størstedelen af sin omsætning på denne myndigheds område?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

31 Domstolen har allerede fastslået, at såfremt en offentlig aftale omfatter både varer som omhandlet i direktiv 93/36 og tjenesteydelser som omhandlet i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 vedrørende samordning af fremgangsmåderne for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), falder den ind under direktiv 93/36, hvis værdien af de i aftalen omhandlede varer overstiger værdien af de tjenesteydelser, aftalen vedrører (dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 38). En kontrakt som den, der er tale om i hovedsagen, hvor varernes værdi overstiger værdien af de tjenesteydelser, som den vedrører, er således omfattet af direktiv 93/36, hvilket den forelæggende ret i øvrigt har konstateret.

32 For at der kan være tale om en aftale, som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 93/36, forudsætter det, at der er indgået en aftale mellem to forskellige personer (Teckal-dommen, præmis 49).

33 I henhold til direktivets artikel 1, litra a), er det i princippet tilstrækkeligt, at kontrakten er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den

anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, 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 (Teckal-dommen, præmis 50).

34 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen og sagens akter, at den ordregivende myndighed på nuværende tidspunkt ejer 99,98% af AGESP Holdings kapital, og at de resterende 0,02% ejes af andre lokale myndigheder. Ifølge AGESP Holdings vedtægter kan private aktionærer deltage i dette selskabs kapital med to forbehold: dels er aktiemajoriteten forbeholdt Busto Arsizio kommune, dels kan ingen privat aktionær besidde mere end en tiendedel af selskabets kapital.

35 AGESP Holding er på nuværende tidspunkt ejer af 100% af kapitalen i AGESP. Ifølge sidstnævnte selskabs vedtægter kan private aktionærer deltage i dettes kapital med det ene forbehold, at ingen aktionær, med undtagelse af AGESP Holding, kan besidde mere end en tiendedel af selskabets kapital.

36 Ved bedømmelsen af, om den ordregivende myndighed udøver en kontrol svarende til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, skal samtlige relevante lovbestemmelser og relevante faktiske omstændigheder tages i betragtning. Det skal fremgå af undersøgelsen, at det kontraherende selskab er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke selskabets beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til dette selskabs strategiske formål som i forhold til dets vigtige beslutninger (jf. dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8612,, præmis 65).

37 Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene som omhandlet i Teckal-dommens præmis 50.

38 Det fremgår af sagen, at AGESP Holdings og AGESP's vedtægter giver hvert af disse selskabers bestyrelse de mest vidtgående beføjelser med hensyn til selskabets ordinære og ekstraordinære drift. Disse vedtægter forbeholder ikke Busto Arsizio kommune nogen særlig kontrolbeføjelse eller stemmeret, der kan begrænse den handlefrihed, der er tillagt disse bestyrelser. Den kontrol, som Busto Arsizio kommune udøver med disse to selskaber, kan i det væsentlige sammenfattes til det råderum, som selskabsretten giver selskabsdeltagernes flertal, hvilket betydeligt begrænser dens mulighed for at få indflydelse på disse selskabers beslutninger.

39 Desuden udøves Busto Arsizio kommunes eventuelle indflydelse på AGESP's beslutninger gennem et holdingselskab. Medvirken fra en sådan mellemmand kan alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde afsvække den kontrol, som den ordregivende myndighed eventuelt måtte udøve med et aktieselskab blot ved at deltage i dettes kapital.

40 Det følger heraf, at under sådanne omstændigheder, med forbehold af, at den forelæggende ret i hovedsagen efterprøver deres rigtighed, udøver den ordregivende myndighed ikke en kontrol med det kontraherende selskab, der har fået tilslag for den pågældende offentlige aftale, der svarer til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene.

41 Artikel 6 i direktiv 93/36 pålægger de ordregivende myndigheder, som indgår en offentlig aftale, at benytte offentligt udbud eller begrænset udbud, medmindre

aftalen falder ind under et af de undtagelsestilfælde, der er opregnet udtømmende i samme artikels stk. 2 og 3. Det fremgår ikke af forelæggelsesafgørelsen, at den i hovedsagen omhandlede aftale falder ind under et af disse tilfælde.

42 Det følger heraf, at direktiv 93/36 er til hinder for direkte tildeling af en offentlig kontrakt under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen.

43 Imod et sådant resultat har den italienske regering indvendt, at den omstændighed, at AGESP skal afholde et offentligt udbud for at erhverve den pågældende fyringsolie, viser, at Busto Arsizio kommune, AGESP Holding og AGESP må anses for tilsammen at udgøre et enkelt »offentligretligt organ« som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36, som er forpligtet til at foretage offentlige indkøb i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen og de nationale bestemmelser på dette område.

44 Dette argument kan ikke tiltrædes. Dels er Busto Arsizio kommune omfattet af begrebet lokal myndighed og ikke af begrebet offentligretligt organ i denne bestemmelses forstand. Dels er Busto Arsizio kommune, AGESP Holding og AGESP hver især en særskilt juridisk person.

45 I øvrigt bemærkes, som Domstolen har henvist til i Teckal-dommens præmis 43, at de eneste lovlige undtagelser fra anvendelsesområdet for direktiv 93/36 er dem, der udtømmende og udtrykkeligt er opregnet i direktivet.

46 Direktiv 93/36 indeholder imidlertid ikke en til artikel 6 i direktiv 92/50 svarende bestemmelse, hvorefter offentlige kontrakter, som på visse betingelser tildeles et organ, der selv er en ordregivende myndighed, falder uden for direktivets anvendelsesområde (jf. Teckal-dommen, præmis 44).

47 Det første spørgsmål skal følgelig besvares med, at direktiv 93/36 er til hinder for direkte tildeling af en kontrakt om leverancer og tjenesteydelser, hvori leverancernes værdi er overvejende, til et aktieselskab, hvis bestyrelse har vidtgående ledelsesbeføjelser, som den kan udøve selvstændigt, og hvis samlede kapital på nuværende tidspunkt ejes af et andet aktieselskab, hvis hovedaktionær er den ordregivende myndighed.

Det andet spørgsmål

48 Det andet spørgsmål indeholder to led.

49 Dels ønsker den forelæggende ret at få oplyst, om artikel 13 i direktiv 93/38 skal anvendes ved vurderingen af betingelsen om, at den virksomhed, som indkøbskontrakten direkte tildeles, skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, som den ejes af. Dels spørger den forelæggende ret, om denne betingelse kan anses for at være opfyldt, når en sådan virksomhed har hovedparten af sin omsætning sammen med den offentlige myndighed, som den ejes af, eller når den har hovedparten af sin omsætning på denne myndigheds område.

Det andet spørgsmåls første led

50 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den kontrakt, der er tale om i hovedsagen, er omfattet af direktiv 93/36.

51 Spørgsmålet er således, om undtagelsen i artikel 13 i direktiv 93/38 skal anvendes analogt inden for anvendelsesområdet for direktiv 93/36.

52 Den nævnte undtagelse i artikel 13 vedrører kun tjenesteydelsesaftaler med udelukkelse af indkøbsaftaler.

53 Artikel 13 i direktiv 93/38 angår aktører, bl.a. joint-ventures og virksomheder, hvis årsregnskaber er konsoliderede, hvis funktionsmåder er forskellige fra de ordregivende myndigheders, der er omhandlet i direktiv 93/36.

54 I øvrigt indeholder den nævnte artikel en ordning med meddelelse til Kommissionen, som ikke kan overføres til direktiv 93/36, da der ikke er hjemmel hertil.

55 Da undtagelser skal fortolkes strengt, følger det heraf, at anvendelsen af artikel 13 i direktiv 93/38 ikke kan udvides til anvendelsesområdet for direktiv 93/36.

56 Dette resultat bekræftes af, at fællesskabslovgiver ved omarbejdelsen af direktiverne om offentlige aftaler i 2004 ganske vist har opretholdt den nævnte undtagelse i artikel 23 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1), men har valgt ikke at indsætte en tilsvarende undtagelse i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), som har afløst direktiv 93/36.

57 Det følger af det foregående i sin helhed, at det andet spørgsmåls første led skal besvares med, at ved vurderingen af betingelsen for, at direktiv 93/36 ikke finder anvendelse — hvorefter den virksomhed, som en indkøbskontrakt er blevet tildelt direkte, skal udføre hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af — skal artikel 13 i direktiv 93/38 ikke anvendes.

Det andet spørgsmåls andet led

58 Det bemærkes, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser samt adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater (jf. i denne retning dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 44).

59 De betingelser, der i Teckal-dommen opstilles for at antage, at direktiv 93/36 ikke finder anvendelse på kontrakter indgået mellem en lokal myndighed og en fra denne forskellig juridisk person, og hvorefter det både kræves, at den lokale myndighed skal udøve en kontrol med den pågældende person, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, og at denne person skal udføre hovedparten af sin virksomhed med den eller de myndigheder, som den ejes af, har navnlig til formål at undgå, at konkurrencen fordrejes.

60 Kravet om, at den pågældende person skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, som den ejes af, har navnlig til formål at sikre, at direktiv 93/36 også finder anvendelse i det tilfælde, at en virksomhed, der kontrolleres af en eller flere myndigheder, er aktiv på markedet og således kan konkurrere med andre virksomheder.

61 En virksomhed berøves nemlig ikke nødvendigvis sin handlefrihed, alene fordi de beslutninger, der vedrører den, kontrolleres af den myndighed, den ejes af, hvis den stadig kan udøve en væsentlig del af sin økonomiske aktivitet med andre aktører.

62 Desuden kræves det, at denne virksomheds ydelser i det væsentlige er bestemt for denne ene myndighed. Inden for disse grænser forekommer det berettiget, at denne virksomhed ikke er omfattet af kravene i direktiv 93/36, da disse er dikteret af ønsket om at bevare en konkurrence, der i dette tilfælde ikke længere er anledning til.

63 Når disse principper anvendes, kan det kun antages, at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, som omhandlet i Teckal-dommen, såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.

64 Ved sin stillingtagen til, om dette er tilfældet, skal den kompetente ret tage alle omstændigheder i det foreliggende tilfælde i betragtning, såvel kvalitative som kvantitative.

65 Med hensyn til spørgsmålet, om der i denne sammenhæng alene skal tages hensyn til den omsætning, der er opnået med tilsynsmyndigheden, eller til den, der er opnået på denne myndigheds område, må det antages, at den afgørende omsætning er den, som den pågældende virksomhed opnår i kraft af beslutninger om tildeling truffet af tilsynsmyndigheden, herunder den, der opnås med brugere ved udførelsen af sådanne beslutninger.

66 De af en tilslagsmodtagende virksomheds aktiviteter, som der skal tages hensyn til, er nemlig alle dem, som denne virksomhed udfører som led i en tildeling foretaget af den ordregivende myndighed, uafhængigt af modtagerens identitet, hvad enten det drejer sig om den ordregivende myndighed selv eller brugeren af ydelserne.

67 Det er uden betydning, hvem der betaler den pågældende virksomhed vederlag, hvad enten det er den myndighed, som den ejes af, eller tredjemænd, der er brugere af de ydelser, der erlægges i henhold til koncessioner eller andre retsforhold tilvejebragt af den nævnte myndighed. Det er ligeledes uden betydning, på hvilket område disse ydelser leveres.

68 Da den tilslagsmodtagende virksomheds kapital i hovedsagen besiddes indirekte af flere myndigheder, kan det være relevant at undersøge, om den aktivitet, der skal tages i betragtning, er den, som den tilslagsmodtagende virksomhed udfører sammen med samtlige de myndigheder, som den ejes af, eller kun den aktivitet, der udføres sammen med den myndighed, som i det foreliggende tilfælde optræder som ordregivende myndighed.

69 I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen har præciseret, at den pågældende juridisk forskellige person skal udføre hovedparten af sin aktivitet sammen med »den eller de lokale myndigheder, den ejes af« (Teckal-dommen, præmis 50). Domstolen har således taget den mulighed i betragtning, at den fastsatte undtagelse ikke blot gælder for det tilfælde, at en sådan juridisk person kun ejes af en enkelt myndighed, men også at den ejes af flere.

70 Såfremt flere myndigheder ejer en virksomhed, kan betingelsen om hovedparten af dens aktivitet være opfyldt, hvis denne virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet, ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder, men sammen med samtlige disse myndigheder.

71 Den aktivitet, der skal tages i betragtning, såfremt en virksomhed ejes af flere myndigheder, er følgelig den, som denne virksomhed udfører sammen med samtlige disse myndigheder.

72 Det følger af det foregående, at det andet spørgsmåls andet led skal besvares med, at ved vurderingen af, om en virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, med henblik på at afgøre, om direktiv 93/36 finder anvendelse, skal der tages hensyn til alle de aktiviteter, som denne virksomhed udfører på grundlag af en tildeling foretaget af den ordregivende myndighed, uafhængigt af, hvem der betaler vederlag for denne aktivitet, hvad enten det drejer sig om den ordregivende myndighed selv eller brugeren af de leverede ydelser, og det område, hvor aktiviteten udøves, er uden relevans.

Sagens omkostninger

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

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

1) **Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb er til hinder for direkte tildeling af en kontrakt om leverancer og tjenesteydelser, hvori leverancernes værdi er overvejende, til et aktieselskab, hvis bestyrelse har vidtgående ledelses-**

beføjelser, som den kan udøve selvstændigt, og hvis samlede kapital på nuværende tidspunkt ejes af et andet aktieselskab, hvis hovedaktionær er den ordregivende myndighed.

2) **Ved vurderingen af betingelsen for, at direktiv 93/36 ikke finder anvendelse — hvorefter den virksomhed, som en indkøbskontrakt er blevet tildelt direkte, skal udføre hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af — skal artikel 13 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation ikke anvendes.**

3) **Ved vurderingen af, om en virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, med henblik på at afgøre, om direktiv 93/36 finder anvendelse, skal der tages hensyn til alle de aktiviteter, som denne virksomhed udfører på grundlag af en tildeling foretaget af den ordregivende myndighed, uafhængigt af, hvem der betaler vederlag for denne aktivitet, hvad enten det drejer sig om den ordregivende myndighed selv eller brugeren af de leverede ydelser, og det område, hvor aktiviteten udøves, er uden relevans.**

Underskrifter