DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)
den 11 maj 2006 *

I mål C-340/04,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien), genom beslut av den 27 maj 2004 som inkom till domstolen den 9 augusti 2004, i målet

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

mot

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

ytterligare deltagare i rättegången:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Rättegångsspråk: italienska.

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna K. Schiemann, N. Colneric, J.N. Cunha Rodrigues (referent) och E. Levits,

generaladvokat: C. Stix-Hackl,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 10 november 2005,

med beaktande av de skriftliga yttranden som avgetts av:

— Carbotermo SpA, genom A. Sansone och P. Sansone, avvocati,

— Consorzio Alisei, tillsammans med AGESI, genom B. Becchi och L. Grillo, avvocati,

— Comune di Busto Arsizio, genom C. Caputo, avvocato,

— AGESP SpA, genom A. Sciumè och D. Tassan Mazzocco, avvocati,

— Italiens regering, genom I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— Tysklands regering, genom W.-D. Plessing, i egenskap av ombud,

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

— Polens regering, genom T. Nowakowski, i egenskap av ombud,

— Förenade kungarikets regering, genom M. Hoskins, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis och D. Recchia, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 12 januari 2006 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, företagen Carbotermo SpA (nedan kallat Carbotermo) och Consorzio Alisei och, å andra sidan, Comune di Busto Arsizio (nedan kallad kommunen Busto Arsizio) och företaget AGESP SpA (nedan kallat AGESP), avseende tilldelningen till sistnämnda företag av ett kontrakt avseende leverans av bränsle samt underhåll och anpassning till gällande bestämmelser och teknisk anpassning av värmesystemen i nämnda kommuns byggnader.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 1 a och b i direktiv 93/36 föreskrivs följande:

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

a) 'offentliga varuupphandlingskontrakt': skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en av de nedan under b angivna upphandlande myndigheterna, som omfattar köp, leasning, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter. Leveransen kan vidare omfatta projektering och installation,

b) 'upphandlande myndigheter': statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

'Ett organ som lyder under offentlig rätt' är varje organ:

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär,

och

— som är juridisk person,

och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

..."

4 I artikel 6 i samma direktiv föreskrivs följande:

"1. Vid tilldelningen av offentliga varuupphandlingskontrakt skall de upphandlande myndigheterna tillämpa ... [öppet förfarande, selektivt förfarande och förhandlat förfarande], i de fall som räknas upp nedan.

2. De upphandlande myndigheterna får tilldela varukontrakt i ett förhandlat förfarande om ...

3. De upphandlande myndigheterna får upphandla sina varor genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande i följande fall:

...

4. I alla andra fall skall de upphandlande myndigheterna upphandla sina varor genom öppet förfarande eller selektivt förfarande."

5 I artikel 1.3 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk special-utgåva, område 6, volym 4, s. 177), föreskrivs följande:

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

...

3) Anknutna företag: företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983, grundad på artikel 54.3 g i Europeiska gemenskapernas fördrag om koncernredovisning eller vad avser enheter som inte är underkastade detta direktiv, företag som den upphandlande enheten kan utöva ett bestämmande inflytande över, direkt eller indirekt, enligt artikel 2, eller som kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten eller vilken tillsammans med den upphandlande enheten underkastas ett bestämmande inflytande från ett annat företag på grund av ett ägarförhållande, ekonomiskt engagemang eller regler som styr detta."

6 I artikel 13 i samma direktiv föreskrivs följande:

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

a) en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag,

b) upphandlas för ett gemensamt projekt bestående av ett antal upphandlande enheter för verksamhet enligt artikel 2.2 som tilldelas en av de upphandlande enheterna eller ett företag som är anknutet till en av dessa upphandlande enheter,

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

Då mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma tjänster eller liknande tjänster skall den totala omsättning som härrör från tillhandahållande av tjänster från dessa företag tas med i beräkningen.

2. De upphandlande enheterna skall på kommissionens begäran meddela följande information om tillämpningen av bestämmelserna i artikel 1:

— Namn på de berörda företagen.

— Art och värde på de berörda tjänstekontrakten.

— Sådana bevis som kan bedömas nödvändiga av kommissionen på att sambandet mellan företagen som tilldelats kontraktet och den upphandlande enheten uppfyller kraven i denna artikel."

Italiensk rätt

7 Genom dom nr 5316 av den 18 september 2003 beslutade Consiglio di Stato att en lokal myndighet var berättigad att tilldela ett varukontrakt till en leverantör utan anbudsinfordran då den lokala myndigheten utövade en kontroll över leverantören motsvarande den som den utövade över sin egen förvaltning, och leverantören bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som kontrollerade den.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

8 Carbotermo är ett företag som är specialiserat på leverans av energi och värmedrift till såväl offentliga som privata kunder.

9 Consorzio Alisei är ett företag som tillhandahåller energiprodukter och tjänster avseende luftkonditionering och uppvärmning av byggnader.

10 AGESP Holding SpA (nedan kallat AGESP Holding) är ett aktiebolag som bildades genom omvandling enligt beslut av den 24 september 1997 av Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, ett särskilt företag som tillhörde kommunen Busto Arsizio. AGESP Holdings aktiekapital ägs för närvarande till 99,98 procent av kommunen Busto Arsizio. Övriga aktieägare är kommunerna Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate och Olgiate Olona, vilka äger en aktie var.

11 Enligt artikel 2 i AGESP Holdings stadgar ingår tillhandahållande av allmännyttiga tjänster inom sektorerna gas, vatten, miljöbedömningar, transporter, parkeringsplatser, offentliga badanläggningar, apotek, elektricitet, uppvärmning, begravningstjänster och trafiksignaler i bolagets verksamhetsföremål.

12 I artikel 6 i AGESP Holdings stadgar föreskrivs följande:

"... Majoriteten av aktierna är förbehållna [kommunen Busto Arsizio].

...

Utöver [kommunen Busto Arsizio] får andra lokala offentliga myndigheter (regioner, kommuner och sammanslutningar av dessa), ekonomiska och finansiella enheter, lokala organisationer och branschorganisationer samt privatpersoner som ansluter sig till de ändamål som uppställs i stadgarna ... ingå i bolaget."

13 I artikel 7 i samma stadgar anges följande:

"Ingen privat delägare får äga mer än 10 procent av bolagets totala kapital ...".

14 Enligt artikel 18 i AGESP Holdings stadgar skall bolaget ledas av en styrelse.

15 I artikel 26 i nämnda stadgar föreskrivs följande:

"Styrelsen har vidsträckta befogenheter vad beträffar den löpande och den icke-löpande driften av bolaget, med möjlighet att vidta alla handlingar som den anser nödvändiga för att genomföra och förverkliga verksamhetsföremålet, med undantag endast av handlingar som enligt lag eller stadgarna är förbehållna bolagsstämman ...".

16 AGESP är ett aktiebolag som bildades den 12 juli 2000 av AGESP Holding och vars aktiekapital för närvarande ägs till 100 procent av AGESP Holding.

17 Enligt artikel 3 i stadgarna för AGESP, i deras ändrade lydelse genom vilken det verksamhetsmål för bolaget som hade företetts för den hänskjutande domstolen utvidgades, har AGESP till syfte att utöva verksamhet som avser allmännyttiga tjänster inom sektorerna gas, vatten, miljöbedömningar, transporter, parkeringsplatser, elektricitet, uppvärmning, luftkonditionering, databehandling, telekommunikation, markförvaltning, belysning och tillhandahållande av olika tjänster till associerade bolag.

18 I artikel 7 i AGESP:s stadgar föreskrivs följande:

"Ingen aktieägare, förutom aktiebolaget AGESP Holding som är majoritetsaktieägare, får äga mer än en tiondel av hela bolagskapitalet ...".

19 Enligt artikel 17 i nämnda stadgar skall AGESP ledas av en styrelse.

20 I artikel 19 i samma stadgar föreskrivs följande:

"Styrelsen har vidsträckta och obegränsade befogenheter vad avser den löpande och den icke-löpande förvaltningen av bolaget."

21 Den 22 september 2003 offentliggjorde kommunen Busto Arsizio en anbudsinfordran avseende leverans av bränsle samt för underhåll och anpassning och teknisk anpassning av värmesystemen i kommunens byggnader. Upphandlingens värde uppgick till 8 450 000 euro jämte mervärdesskatt och var fördelad enligt följande: 5 700 000 euro för leverans av bränsle (varav 4/5 eldningsolja och 1/5 metan), 1 000 000 euro för underhåll av värmeanläggningar och 1 750 000 euro för anpassning till gällande bestämmelser och teknisk anpassning.

22 Carbotermo ingav ett anbud den 22 november 2003. Consorzio Alisei hade förberett ett anbud men ingav det inte inom den föreskrivna fristen.

23 Den 21 november 2003 beslutade kommunen Busto Arsizio, mot bakgrund av Consiglio di Statos dom nr 5316, vilken nämns i punkt 7 i förevarande dom, att avbryta anbudsförfarandet till den 10 december 2003.

24 Genom beslut av den 10 december 2003 avbröt kommunen Busto Arsizio upphandlingsförfarandet och förbehöll sig möjligheten att senare tilldela AGESP kontraktet direkt.

25 Genom beslut av den 18 december 2003 tilldelade kommunen Busto Arsizio det ifrågavarande kontraktet direkt till AGESP. Som motivering till beslutet angavs att AGESP uppfyllde de två krav som uppställs i gemenskapens rättspraxis och nationell rättspraxis för upphandling utan anbudsinfordran, nämligen att den lokala myndigheten utövar en kontroll över den upphandlande enheten motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och att denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar den. I ingressen till detta beslut bekräftas att det föreligger ett beroendeförhållande mellan AGESP och kommunen Busto Arsizio till följd av att sistnämnda kommun äger 99,98 procent av aktiekapitalet i AGESP Holding, vilken i sin tur äger 100 procent av aktiekapitalet i AGESP. I ingressen anges vidare att huvuddelen av AGESP:s omsättning härrör från verksamhet som det skall bedriva enligt kontrakt som det erhållit direkt från kommunen Busto Arsizio.

26 Genom ett meddelande av den 23 januari 2004 utlyste AGESP en anbudsinfordran inom ramen för ett påskyndat förfarande avseende leverans av den ifrågavarande eldningsoljan och tilldelade detta kontrakt till företaget Pezzoli Petroli Srl den 27 februari 2004. Den 28 april, den 18 maj, den 30 juni och den 2 september 2004 tilldelade AGESP kontrakt till andra företag. Dessa kontrakt avsåg omvandling till metan, teknisk anpassning, anpassning till bestämmelser och installering av ett fjärrstyrt system för kontroll och förvaltning av olika kommunala värmesystem. Varken Carbotermo eller Consorzio Alisei ingick bland de företag som tilldelats kontrakt.

27 Carbotermo och Consorzio Alisei överklagade vid Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia besluten att avbryta upphandlingsförfarandet och att tilldela AGESP det ifrågavarande kontraktet.

28 De båda företagen gjorde vid denna domstol gällande att kraven för att direktiv 93/36 inte skall anses tillämpligt inte var uppfyllda i förevarande fall. AGESP kontrollerades inte heller av kommunen Busto Arsizio, eftersom denna kommun endast ägde AGESP genom ett holdingbolag i vilket den ägde 99,98 procent av aktierna och AGESP helt behöll den självständighet som ett privaträttsligt aktiebolag

har. AGESP bedrev inte heller huvuddelen av sin verksamhet för kommunen Busto Arsizios räkning, eftersom mindre än 80 procent av AGESP:s omsättning härrör från verksamhet som den bedrev tillsammans med denna kommun. Detta kriterium skall användas analogt med artikel 13 i direktiv 93/38.

29 Kommunen Busto Arsizio invände att det var tillåtet med direkt tilldelning i förevarande fall, eftersom AGESP kontrollerades av kommunen Busto Arsizio på grund av att denna kommun ägde aktiekapital i bolaget och eftersom AGESP bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med denna kommun. AGESP uppgav att mer än 28 procent av dess omsättning som härrör från verksamhet som bedrivits på kommunen Busto Arsizios mark avsåg tjänster som tillhandahölls direkt till kommunen och att omsättningen som härrör från verksamhet som bedrivits inom denna kommuns mark uppgick till 65,59 procent av AGESP:s totala omsättning.

30 Det är mot denna bakgrund som Tribunale amministrativo per la Lombardia har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Är det förenligt med direktiv 93/36/EEG att direkt tilldela ett kontrakt avseende leverans av bränsle för värmesystem i byggnader som ägs av kommunen eller som kommunen ansvarar för och avseende drift och underhåll av dessa system (varav huvuddelen avser varor) till ett aktiebolag som, för närvarande, i sin helhet ägs av ett annat aktiebolag som i sin tur till huvuddelen (99,98 procent) ägs av den kommun som tilldelat kontraktet, med andra ord till ett bolag (AGESP) som inte ägs direkt av den offentliga myndigheten utan av ett annat bolag (AGESP Holding) som för närvarande ägs till 99,98 procent av den offentliga myndigheten?

2) Skall artikel 13 i direktiv 93/38 ... tillämpas för att fastställa huruvida ett företag som direkt tilldelats ett varukontrakt uppfyller kravet på att det skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar företaget och skall kravet anses vara uppfyllt när huvuddelen av ovannämnda företags omsättning härrör från verksamhet som bedrivits tillsammans med den offentliga myndighet som innehar företaget eller, alternativt, när omsättningen härrör från verksamhet som bedrivits huvudsakligen på myndighetens mark?"

Bedömningen av tolkningsfrågorna

Den första frågan

31 Domstolen har redan fastställt att om ett offentligt kontrakt är avsett att omfatta såväl varor enligt definitionen i direktiv 93/36 som tjänster i den mening som avses i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), så skall bestämmelserna i direktiv 93/36 tillämpas om värdet av de varor som omfattas av kontraktet är högre än värdet av tjänsterna (dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkt 38). Ett kontrakt som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, där värdet av varorna är högre än värdet av de tjänster som kontraktet avser, omfattas således av direktiv 93/36, vilket den hänskjutande domstolen för övrigt har konstaterat.

32 För att ett avtal i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/36 skall anses föreligga krävs det att det finns en överenskommelse mellan två skilda personer (domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 49).

33 Enligt artikel 1 a i nämnda direktiv är det i princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till

denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla (domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50).

34 Av beslutet om hänskjutande och handlingarna i målet framgår att den upphandlande myndigheten för närvarande äger 99,98 procent av aktiekapitalet i AGESP Holding, medan resterande 0,02 procent ägs av andra lokala eller regionala myndigheter. Enligt AGESP Holdings stadgar kan privata aktieägare äga kapital i detta bolag under två förutsättningar, nämligen att majoriteten av aktierna är förbehållna kommunen Busto Arsizio och att ingen privat delägare får äga mer än en tiondel av bolagets kapital.

35 AGESP Holding äger i sin tur för närvarande 100 procent av aktiekapitalet i AGESP. Enligt det sistnämnda bolagets stadgar kan dess aktiekapital öppnas för privata aktieägare, dock med förbehållet att ingen aktieägare, förutom AGESP Holding, får inneha mer än en tiondel av bolagskapitalet.

36 Vid bedömningen av om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, skall samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas. Av denna undersökning skall framgå att det bolag som tilldelats kontraktet är underställt en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda bolag. Det skall vara fråga om en möjlighet att utöva en avgörande påverkan i fråga om såväl strategiska mål som bolagets viktiga beslut (se dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, inte publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 65).

37 Den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, i den mening som avses i punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Teckal.

38 Av handlingarna i målet framgår att AGESP Holdings och AGESP:s stadgar ger styrelsen för vart och ett av dessa bolag långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen. Enligt dessa stadgar förbehålls inte kommunen Busto Arsizio någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som styrelserna har getts. Den kontroll som kommunen Busto Arsizio utövar över dessa två bolag motsvarar i princip den som majoriteten av aktieägarna har enligt bolagsrätten, vilket i betydande mån begränsar kommunens möjlighet att påverka dessa bolags beslut.

39 Vidare utövas det inflytande som kommunen Busto Arsizio eventuellt har över AGESP:s beslut genom ett holdingbolag. Förekomsten av detta mellanled kan under omständigheterna i målet försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövar till följd av att den äger en del av aktiekapitalet.

40 Härav följer att under sådana omständigheter — med förbehåll för prövningen av dessa av den behöriga nationella domstolen, vilken är behörig att avgöra målet i sak — utövar inte den upphandlande myndigheten en kontroll över det ifrågavarande bolaget motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.

41 Enligt artikel 6 i direktiv 93/36 skall de upphandlande myndigheter som tilldelar offentliga kontrakt använda det öppna eller det selektiva förfarandet, om inte

kontraktet omfattas av ett av undantagsfallen i den uttömmande uppräkningen i artikel 6.2 och 6.3. Det framgår inte av beslutet om hänskjutande att det kontrakt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen omfattas av ett av de fallen.

42 Härav följer att det strider mot direktiv 93/36 att direkt tilldela ett offentligt kontrakt under sådana omständigheter som dem i målet vid den nationella domstolen.

43 Mot denna slutsats har den italienska regeringen invänt att den omständigheten att AGESP måste tillämpa ett offentligt upphandlingsförfarande för att förvärva den ifrågavarande eldningsoljan visar att kommunen Busto Arsizio, AGESP Holding och AGESP tillsammans skall anses utgöra ett enda "organ som lyder under offentlig rätt", i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36, vilket är skyldigt att ingå offentliga varuupphandlingskontrakt i enlighet med de gemenskapsrättsliga och de nationella bestämmelserna på området.

44 Detta argument kan inte godtas. Kommunen Busto Arsizio omfattas av begreppet "lokal eller regional myndighet" och inte av begreppet "ett organ som lyder under offentlig rätt" i den mening som avses i denna bestämmelse. Vidare har kommunen Busto Arsizio, AGESP Holding och AGESP var och en ställning som en självständig juridisk person.

45 Såsom domstolen erinrade om i punkt 43 i domen i det ovannämnda målet Teckal är för övrigt de enda tillåtna undantagen från tillämpningen av direktiv 93/36 de undantag som uttömmande och uttryckligen anges i denna bestämmelse.

46 Direktiv 93/36 innehåller dock inte någon föreskrift som är jämförbar med artikel 6 i direktiv 92/50, som från sitt tillämpningsområde utesluter offentliga kontrakt som, på vissa villkor, tilldelats upphandlande myndigheter (domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 44).

47 Den första frågan skall således besvaras så att det strider mot direktiv 93/36 att direkt tilldela ett kontrakt avseende varor och tjänster, varav huvuddelen avser varor, till ett aktiebolag vars styrelse har omfattande förvaltningsbefogenheter som den kan utöva självständigt och vars aktiekapital, för närvarande, i sin helhet ägs av ett annat aktiebolag som i sin tur till huvuddelen ägs av den upphandlande myndigheten.

Den andra frågan

48 Den andra frågan består av två delar.

49 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida artikel 13 i direktiv 93/38 skall tillämpas för att fastställa huruvida ett företag som direkt tilldelats ett varukontrakt uppfyller kravet på att det skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar företaget. Den hänskjutande domstolen undrar vidare huruvida detta krav skall anses vara uppfyllt när huvuddelen av ovannämnda företags omsättning härrör från verksamhet som bedrivits tillsammans med den offentliga myndighet som innehar företaget eller när omsättningen härrör från verksamhet som bedrivits huvudsakligen på myndighetens territorium.

Den andra frågans första del

50 Av beslutet om hänskjutande framgår att den ifrågavarande upphandlingen omfattas av direktiv 93/36.

51 Det skall således utredas om det undantag som anges i artikel 13 i direktiv 93/38 skall tillämpas analogt inom tillämpningsområdet för direktiv 93/36.

52 Det undantag som föreskrivs i nämnda artikel 13 avser endast upphandling av tjänster, inte upphandling av varor.

53 Artikel 13 i direktiv 93/38 avser aktörer, särskilt samriskföretag och företag vars årsräkenskaper är konsoliderade, vilka fungerar på ett annat sätt än de upphandlande myndigheter som avses i direktiv 93/36.

54 Vidare innehåller nämnda artikel en mekanism för att meddela kommissionen som i avsaknad av rättslig grund inte även kan anses gälla direktiv 93/36.

55 Undantagen skall tolkas restriktivt. Härav följer att tillämpningen av artikel 13 i direktiv 93/38 inte kan utvidgas till att även omfatta tillämpningsområdet för direktiv 93/36.

56 Denna slutsats bekräftas av den omständigheten att gemenskapslagstiftaren då direktiven om offentlig upphandling omarbetades år 2004 behöll nämnda undantag i artikel 23 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, s. 1), samtidigt som den valde att inte införa ett liknande undantag i direktiv 2004/18/EG, som ersatte direktiv 93/36.

57 Av det ovan anförda följer att den andra frågans första del skall besvaras så att vid bedömningen av om kravet för att direktiv 93/36 inte skall anses tillämpligt är uppfyllt, nämligen att ett företag som direkt tilldelats ett varukontrakt skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar företaget, skall artikel 13 i direktiv 93/38 inte tillämpas.

Den andra frågans andra del

58 Domstolen erinrar om att huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 11 januari 2005 i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 44).

59 De krav som uppställs i domen i det ovannämnda målet Teckal för att direktiv 93/36 inte skall anses tillämpligt på kontrakt som ingåtts mellan en lokal myndighet och en från denna myndighet fristående person, enligt vilka den lokala myndigheten, samtidigt, skall utöva en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, har särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids.

60 Kravet på att den ifrågavarande personen skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den har särskilt till syfte att säkerställa att direktiv 93/36 är tillämpligt i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag.

61 Ett företag berövas nämligen inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.

62 Det krävs också att företagets tjänster huvudsakligen är avsedda enbart för denna myndighet. Med sådana begränsningar förefaller det berättigat att kraven i direktiv 93/36 inte gäller för detta företag, eftersom kraven motiveras av en strävan att behålla en konkurrens som det i detta fall inte längre finns skäl för.

63 Vid tillämpningen av dessa principer kan det ifrågavarande företaget endast anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar den, i den mening som avses i det ovannämnda målet Teckal, om företaget huvudsakligen utövar verksamhet åt denna myndighet, och all annan verksamhet endast är av marginell karaktär.

64 För att bedöma om så är fallet skall den behöriga domstolen beakta alla omständigheter i målet, såväl kvalitativa som kvantitativa.

65 Vad beträffar frågan huruvida det i detta sammanhang endast skall tas hänsyn till den omsättning som härrör från verksamhet som bedrivits tillsammans med den övervakande myndigheten eller till den omsättning som härrör från verksamhet som bedrivits på denna myndighets territorium, skall den omsättning anses avgörande som härrör från verksamhet som det ifrågavarande företaget bedrivit enligt tilldelningsbeslut som antagits av den övervakande myndigheten, däribland den omsättning som härrör från verksamhet som det bedrivit tillsammans med användare vid genomförandet av sådana beslut.

66 All den verksamhet som det företag som tilldelats kontraktet bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten skall nämligen beaktas, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv eller tjänsteanvändaren.

67 Det saknar betydelse vem som betalar det ifrågavarande företaget, det vill säga oavsett om det är den myndighet som innehar det eller tredje parter som använder tjänster som tillhandahålls enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättas av nämnda myndighet. Det saknar likaså betydelse på vilket territorium nämnda tjänster tillhandahålls.

68 I den mån det aktuella tilldelade bolagets aktiekapital innehas indirekt av olika myndigheter kan det vara relevant att undersöka huruvida den verksamhet som skall beaktas är den som det bolag som tilldelats kontraktet bedriver tillsammans med samtliga myndigheter som innehar det eller endast den verksamhet som bedrivs tillsammans med den myndighet som i förevarande fall agerar som upphandlande myndighet.

69 Det skall i detta avseende erinras om att domstolen har angett att den aktuella fristående juridiska personen skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med "den eller de myndigheter som innehar den" (domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50). Domstolen har således räknat med att det föreskrivna undantaget inte endast är tillämpligt då en enda myndighet innehar en sådan juridisk person utan även kan vara tillämpligt då det finns flera innehavare.

70 I det fall då flera myndigheter innehar ett företag kan kravet avseende huvuddelen av dess verksamhet vara uppfyllt om detta företag utövar huvuddelen av sin verksamhet, inte nödvändigtvis tillsammans med en av dessa myndigheter, men tillsammans med samtliga dessa myndigheter.

71 Den verksamhet som skall beaktas när ett företag innehas av flera myndigheter är följaktligen den som detta företag bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter.

72 Av det ovan anförda följer att den andra frågans andra del skall besvaras så att vid bedömningen av om ett företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar det, i syfte att fastställa huruvida direktiv 93/36 är tillämpligt, skall all den verksamhet som detta företag bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet — den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar härvid betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) **Det strider mot rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor att direkt tilldela ett kontrakt avseende varor och tjänster, varav huvuddelen avser varor, till ett aktiebolag vars styrelse har omfattande förvaltningsbefogen-**

heter som den kan utöva självständigt och vars aktiekapital, för närvarande, i sin helhet ägs av ett annat aktiebolag som i sin tur till huvuddelen ägs av den upphandlande myndigheten.

2) **Artikel 13 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna skall inte tillämpas vid bedömningen av om kravet för att direktiv 93/36 inte skall anses tillämpligt är uppfyllt, nämligen att ett företag som direkt tilldelats ett varukontrakt skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar företaget.**

3) **Vid bedömningen av om ett företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar det, i syfte att fastställa huruvida direktiv 93/36 är tillämpligt, skall all den verksamhet som detta företag bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet — den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar härvid betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.**

Underskrifter