DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

10. april 2008 *

I sag C-393/06,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Østrig) ved afgørelse af 17. august 2006, indgået til Domstolen den 22. september 2006, i sagen:

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

mod

Fernwärme Wien GmbH,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne G. Arestis, E. Juhász (refererende dommer), J. Malenovský og T. von Danwitz,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 11. oktober 2007,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH ved Rechtsanwälte S. Sieghartsleitner og M. Pichlmair

— Fernwärme Wien GmbH ved Rechtsanwalt P. Madl

— den østrigske regering ved M. Fruhmann og C. Mayr, som befuldmægtigede

— den ungarske regering ved J. Fazekas, som befuldmægtiget

— den finske regering ved A. Guimaraes-Purokoski, som befuldmægtiget

— den svenske regering ved A. Falk, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved X. Lewis, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt M. Núñez-Müller,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 22. november 2007,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af de relevante bestemmelser 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) og 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).

2 Anmodningen er indgivet under en tvist mellem Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (herefter »Ing. Aigner«) og Fernwärme Wien GmbH (herefter »Fernwärme Wien«) vedrørende gyldigheden af en af sidstnævnte iværksat offentlig udbudsprocedure.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Ved direktiv 2004/17 er der foretaget en samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for visse bestemte sektorer, nemlig vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester. Direktivet erstattede og ophævede 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), der omfattede samme område.

4 De særlige kendetegn vedrørende de sektorer, der er omfattet af direktiv 2004/17, er fremhævet i tredje betragtning til direktivet, hvori det er anført, at en samordning er nødvendig på grund af den omstændighed, at de markeder, hvorpå de pågældende ordregivende organer opererer, er lukkede, fordi medlemsstaterne meddeler særlige eller eksklusive rettigheder vedrørende levering, tilrådighedsstillelse eller drift af net til ydelse af den pågældende tjeneste.

5 I artikel 2, stk. 1, litra a), andet afsnit, i direktiv 2004/17 og artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18 er det fastsat, at der ved »ordregivende myndigheder« bl.a. forstås »offentligretlige organer«, dvs.

»[e]t organ […]:

— [hvis] opgave er at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter

— [som] er en juridisk person, og

[hvis] aktivitet for størstedelens vedkommende finansieres af staten eller de lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, eller dets forvaltning er underlagt disses kontrol, eller hvis staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.«

6 Artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/17 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

b) »offentlig virksomhed«: enhver virksomhed, som de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler.«

7 Følgende er fastsat i nævnte direktivs artikel 2, stk. 2:

»Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7.

b) der ikke er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7, og som råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

8 I artikel 3-7 i direktiv 2004/17 er der foretaget angivelse af de sektorer, hvorpå dette direktiv finder anvendelse. Disse sektorer er gas, varme og elektricitet (artikel 3), vand (artikel 4), transporttjenester (artikel 5), posttjenester (artikel 6), efterforskning efter og udvinding af olie, gas, kul og andet fast brændsel samt havne og lufthavne (artikel 7).

9 I nævnte direktivs artikel 3, stk. 1, er følgende fastsat:

»For så vidt angår gas og varme gælder dette direktiv for følgende former for virksomhed:

a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af gas eller varme, eller

b) forsyning af disse net med gas eller varme.«

10 Samme direktivs artikel 9 er affattet som følger:

»1. En kontrakt, der indgås med henblik på udøvelse af flere aktiviteter, er underlagt reglerne for den aktivitet, der udgør kontraktens hovedgenstand.

Valget mellem at indgå en enkelt kontrakt og at indgå flere særskilte kontrakter må dog ikke foretages med det formål at udelukke kontrakten fra dette direktiv eller i givet fald direktiv 2004/18/EF.

2. Hvis en af de aktiviteter, kontrakten omfatter, er underlagt dette direktiv, og den anden er underlagt det ovenfor nævnte direktiv 2004/18/EF, og hvis det ikke er muligt objektivt at afgøre, hvilken aktivitet der udgør kontraktens hovedgenstand, skal kontrakten tildeles efter direktiv 2004/18/EF.

[…]«

11 I samme direktivs artikel 20, stk. 1, er under overskriften »Kontrakter, der indgås i andet øjemed end udøvelse af en af de omhandlede former for virksomhed eller med henblik på udøvelse af en sådan virksomhed i et tredjeland«, fastsat følgende:

»Dette direktiv gælder ikke for kontrakter, som ordregivere indgår i andet øjemed end udøvelse af de i artikel 3-7 omhandlede former for virksomhed eller med henblik på udøvelse af sådan virksomhed i et tredjeland under omstændigheder, som ikke indebærer fysisk udnyttelse af et net eller geografisk område inden for Fællesskabet.«

12 Endelig er følgende fastsat i artikel 30 i direktiv 2004/17 under overskriften »Procedure til afgørelse af, hvorvidt en given aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår«:

»1. Kontrakter, der indgås med henblik på at muliggøre udførelse af en af de i artikel 3-7 omhandlede aktiviteter, er ikke underlagt dette direktiv, hvis den pågældende aktivitet i den medlemsstat, hvor den udøves, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri.

2. For med henblik på anvendelsen af stk. 1 at afgøre, om en aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, anvendes kriterier, som er i overensstemmelse med konkurrencereglerne i traktaten, såsom de pågældende varers eller tjenesteydelsers særlige kendetegn, eventuelle alternative varer eller tjenesteydelser, prisvilkårene, og om der findes eller vil kunne findes mere end en leverandør af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

[…]«

13 Afsnit II, kapitel II, afdeling 3, i direktiv 2004/18 indeholder angivelse af de kontrakter, som ikke er omfattet af dette direktiv. Blandt disse kontrakter findes dem, der indgås inden for sektorerne vandforsyning, energiforsyning, transport og posttjenester. I artikel 12, der omhandler disse kontrakter, er følgende fastsat:

»Dette direktiv gælder ikke for offentlige kontrakter, som falder ind under Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF, og som indgås af ordregivende myndigheder, der udfører en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7 i nævnte direktiv, og vedrører sådanne aktiviteter; […]

[…]«

14 De ovennævnte fællesskabsbestemmelser er gennemført i østrigsk ret ved forbundsloven af 2006 om indgåelse af offentlige kontrakter (Bundesvergabegesetz).

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

15 Fernwärme Wien blev oprettet ved stiftelsesdokument af 22. januar 1969 med henblik på at sikre forsyning af fjernvarme til boliger, offentlige institutioner, kontorer og virksomheder på byen Wiens område. Fernwärme Wien benytter i dette øjemed energi, der hidrører fra affaldsbehandling, i stedet for energi, der stammer fra kilder, som ikke er vedvarende.

16 Fernwärme Wien, der udgør en juridisk person, er helejet af byen Wien, der udnævner og afskediger direktion og medlemmer af virksomhedens bestyrelse samt meddeler dem decharge. Endvidere er kommunen gennem Kontrollamt der Stadt Wien (byen Wiens revisionsorgan) bemyndiget til at føre tilsyn med denne virksomheds økonomiske og finansielle forvaltning.

17 Ved siden af fjernvarmevirksomheden beskæftiger Fernwärme Wien sig ligeledes med generel planlægning af køleanlæg til byggeprojekter af en vis størrelse. Selskabet konkurrerer i forbindelse med denne virksomhed med andre virksomheder.

18 Fernwärme Wien offentliggjorde den 1. marts 2006 et udbud om opførelse af køleanlæg til et projekteret kontorkompleks i Wien og anførte heri, at den østrigske lovgivning om offentlige kontrakter ikke fandt anvendelse på den omhandlede kontrakt. Ing. Aigner deltog i denne udbudsprocedure med afgivelse af et bud. Efter den 18. maj 2006 at være blevet oplyst om, at selskabets bud ikke blev undergivet videre behandling, da der forelå ugunstige omstændigheder, anfægtede selskabet denne afgørelse for den forelæggende ret, idet det gjorde gældende, at fællesskabsbestemmelserne på området for offentlige kontrakter burde finde anvendelse.

19 Den forelæggende ret bemærker, at Fernwärme Wiens virksomhed vedrørende drift af et fast fjernvarmenet ubestrideligt er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17. Derimod er selskabets virksomhed vedrørende køleanlæg ikke omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. Den forelæggende ret overvejer således, hvorvidt denne sidstnævnte virksomhed ligeledes er omfattet af dette direktivs bestemmelser ved en tilsvarende anvendelse af de principper, der kan udledes af dom af 15. januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (sag C-44/96, Sml. I, s. 73, bl.a. præmis 25 og 26), hvilket er en fremgangsmåde, der i litteraturen normalt betegnes »smitteteorien«. Det fremgår af den forelæggende rets fortolkning af nævnte dom, at når en af de former for virksomhed, der udøves af et organ, er omfattet af udbudsdirektiverne, falder al dets øvrige virksomhed ligeledes ind under direktiverne på dette område.

20 Såfremt den ovennævnte dom i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. udelukkende omfatter ordregivende myndigheder og nærmere bestemt »offentligretlige organer« i den forstand, at et organ, når det varetager opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter, skal betragtes som et »offentligretligt organ« i fællesskabsretlig forstand, uafhængig af spørgsmålet om, hvorvidt det sideløbende hermed udøver anden virksomhed, som ikke har denne karakter, overvejer den forelæggende ret, om Fernwärme Wien udgør et offentligretligt organ, nemlig en ordregivende myndighed i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og 2004/18.

21 Endelig overvejer den forelæggende ret, hvorvidt det, når et organ varetager opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter, og sideløbende hermed udøver virksomhed på konkurrencevilkår, er muligt at udsondre denne sidstnævnte virksomhed og ikke lade den være omfattet af anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne på området for offentlige kontrakter, såfremt det er muligt at adskille disse to former for virksomhed, og der dermed ikke foreligger nogen gensidig påvirkning imellem dem. Den forelæggende ret henviser i denne henseende til punkt 68 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 21. april 2005 i den sag, der på grund af tilbagekaldelse af anmodningen om præjudiciel forelæggelse gav anledning

til kendelse om slettelse fra registeret af 23. marts 2006, Impresa Portuale di Cagliari (sag C-174/03), hvorved det blev foreslået at moderere princippet fra ovennævnte dom i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. i den retning.

22 Henset til disse betragtninger har Vergabekontrollsenat des Landes Wien besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal direktiv 2004/17 […] fortolkes således, at en ordregiver, som udøver en sektorvirksomhed som omhandlet i direktivets artikel 3 […], også er omfattet af dette direktiv med hensyn til en anden virksomhed, der udøves sideløbende hermed på konkurrencevilkår?

2) For det tilfælde, at dette kun gælder for offentlige ordregivende myndigheder: Skal en virksomhed som Fernwärne Wien […] anses for et offentligt organ som omhandlet i direktiv 2004/17 […] eller direktiv 2004/18 […], når den varetager fjernvarmeforsyningen i et bestemt område uden egentlig konkurrence, eller er det relevante marked markedet for rumopvarmning, der også omfatter energikilder som gas, olie eller kul?

3) Er en virksomhed, der udøves på konkurrencevilkår af et selskab, der også udøver ikke erhvervsmæssig virksomhed, omfattet af direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, såfremt det ved effektive sikkerhedsforanstaltninger som adskilte status og regnskaber kan udelukkes, at der sker en krydsfinansiering af de aktiviteter, der udøves på konkurrencevilkår?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Om det første spørgsmål

23 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en ordregiver i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17, som udøver en sektorvirksomhed som omhandlet i nævnte direktivs artikel 3-7, er forpligtet til at anvende den procedure, der er fastsat i nævnte direktiv for indgåelse af offentlige kontrakter, i forhold til virksomhed, som dette organ sideløbende hermed udøver på konkurrencevilkår, inden for sektorer, der ikke er dækket af de ovennævnte bestemmelser.

24 Det bemærkes med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål, at der er væsentlige forskelle mellem direktiv 2004/17 og 2004/18 for så vidt angår både de organer, der er omfattet af de regelsæt, der er fastsat i disse direktiver, og deres karakter og anvendelsesområde.

25 For det første skal det konstateres vedrørende de organer, hvorpå direktivernes respektive bestemmelser finder anvendelse, at i modsætning til direktiv 2004/18, der i medfør af direktivets artikel 1, stk. 9, første afsnit, finder anvendelse på »ordregivende myndigheder«, er de organer, der er omfattet af direktiv 2004/17, i dette direktivs artikel 2 benævnt »ordregivere«. Det fremgår af samme artikel 2, stk. 2, litra a) og b), at sidstnævnte direktiv ikke alene finder anvendelse på ordregivere, der er »ordregivende myndigheder«, men også på sådanne, som er »offentlige virksomheder« eller virksomheder, som råder over »særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat«, for så vidt som disse organer udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 3-7.

26 Det følger for det andet af artikel 2-7 i direktiv 2004/17, at den samordning, som er foretaget ved dette direktiv, ikke dækker alle former for økonomisk virksomhed, men vedrører særligt definerede sektorer, hvilket i øvrigt forklarer den omstændighed, at dette direktiv i almindelighed benævnes »sektordirektivet«. Derimod omfatter anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 nærmest alle sektorer inden for økonomisk virksomhed, hvilket således berettiger, at direktivet i almindelighed betegnes som et »generelt direktiv«.

27 Det kan på dette grundlag allerede konstateres, at direktiv 2004/18's almene rækkevidde og direktiv 2004/17's begrænsede rækkevidde medfører, at bestemmelserne i sidstnævnte direktiv skal fortolkes indskrænkende.

28 Grænserne mellem disse to direktivers anvendelsesområder er ligeledes fastlagt ved udtrykkelige bestemmelser. Det er således i artikel 20, stk. 1, i direktiv 2004/17 fastsat, at dette direktiv ikke finder anvendelse på kontrakter, som ordregivere indgår i andet øjemed end udøvelse af virksomhed, der udøves inden for de sektorer, der er omfattet af samme direktivs artikel 3-7. Den hertil modsvarende bestemmelse i direktiv 2004/18 er artikel 12, stk. 1, hvori det er fastsat, at dette direktiv ikke gælder for offentlige kontrakter, som indgås af ordregivende myndigheder, der udfører en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7 i direktiv 2004/17, vedrørende denne virksomhed.

29 Således er anvendelsesområdet for direktiv 2004/17 strengt begrænset, hvilket udgør en hindring for, at de fremgangsmåder, der herved er fastsat, udstrækkes ud over dette anvendelsesområde.

30 Følgelig levner de ovennævnte bestemmelser ingen mulighed for inden for rammerne af direktiv 2004/17 at anvende den fremgangsmåde, som kaldes »smitteteorien«, der

er blevet udviklet som følge af ovennævnte dom i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. Denne dom blev afsagt af Domstolen inden for rammerne af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), dvs. på et område, der i dag er omfattet af direktiv 2004/18.

31 Som bl.a. den østrigske, ungarske og finske regering samt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har gjort gældende, er således kun de kontrakter omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17, som indgås af et organ, der kan kvalificeres som »ordregiver« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i dette direktiv, vedrørende og med henblik på udøvelse af virksomhed i de sektorer, der er anført i nævnte direktivs artikel 3-7.

32 Dette er endvidere ligeledes den konklusion, der fremgår af dommen af 16. juni 2005, Strabag og Kostmann (forenede sager C-462/03 og C-463/03, Sml. I, s. 5397, præmis 37). I den dom fastslog Domstolen, at såfremt en kontrakt ikke er omfattet af en af de former for virksomhed, der er reguleret af sektordirektivet, er den omfattet af bestemmelserne i direktiverne om indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser, bygge- og anlægsarbejder eller indkøb, alt efter det konkrete tilfælde.

33 Herefter skal det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at en ordregiver i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17, udelukkende er forpligtet til at anvende den procedure, der er fastsat i dette direktiv, ved indgåelse af kontrakter i forhold til virksomhed, som dette organ udøver inden for sektorer, der er omfattet af nævnte direktivs artikel 3-7.

Om det andet spørgsmål

34 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om et organ som Fernwärme Wien skal betragtes som et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18.

35 Det bemærkes i denne henseende, at begrebet »offentligretligt organ«, således som det fremgår af denne doms præmis 5, er enslydende defineret i bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, litra a), andet afsnit, i direktiv 2004/17 og artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18.

36 Det fremgår af disse bestemmelser, at der ved et »offentligretligt organ« forstås et organ, der, for det første, har til opgave at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter, for det andet er en juridisk person, og hvorom det for det tredje gælder, at dets aktivitet for størstedelens vedkommende finansieres af staten eller de lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, eller dets forvaltning er underlagt disses kontrol, eller staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet. I henhold til Domstolens praksis skal disse tre betingelser alle være opfyldt samtidig (jf. dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

37 For så vidt angår formålet med fællesskabsdirektiverne på området for udbud, der bl.a. er at udelukke den mulighed, at et organ, der finansieres eller kontrolleres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske, skal begrebet »offentligretligt organ« endvidere fortolkes formålsbestemt (jf. i denne retning dom af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173, præmis 36 og 37 og den deri nævnte retspraksis).

38 I denne sag er det ubestridt, at de to sidste kriterier, som er fastsat i de i denne doms præmis 36 anførte bestemmelser, er opfyldt, idet Fernwärme Wien udgør en juridisk person, og byen Wien ejer hele dette organs selskabskapital og fører tilsyn med dets økonomiske og finansielle forvaltning. Det står således tilbage at foretage en kontrol af, om dette organ har til opgave at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter.

39 For det første vedrørende formålet med oprettelsen af det omhandlede organ og karakteren af de varetagne opgaver skal det konstateres, at Fernwärme Wien, således som det fremgår af de for Domstolen fremlagte sagsakter, blev oprettet specifikt med henblik på at sikre forsyning af fjernvarme til boliger, offentlige institutioner, kontorer og virksomheder på byen Wiens område. Selskabet benytter i dette øjemed energi, der hidrører fra afbrænding af affald. Det blev anført under retsmødet for Domstolen, at dette varmesystem i øjeblikket forsyner 250 000 boliger, adskillige kontorer og industrianlæg samt stort set alle offentlige institutioner. Forsyning af et byområde med miljøvenlig varme udgør uomtvisteligt en opgave af almen interesse. Det kan således ikke bestrides, at Fernwärme Wien blev oprettet for at varetage opgaver af almen interesse.

40 Det er i denne henseende uden betydning, at sådanne behov ligeledes imødekommes eller kunne imødekommes af private virksomheder. Det væsentlige er, at der er tale om behov, som staten eller en lokal myndighed af hensyn til almenvellet i almindelighed vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke de ønsker at bevare en afgørende indflydelse (jf. i denne retning dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 44, 47, 51 og 53, og af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 37, 38 og 41).

41 For det andet skal der ved kontrollen af, om de opgaver, der varetages af det i hovedsagen omhandlede organ, har industriel eller kommerciel karakter, tages hensyn til samtlige relevante retlige og faktiske omstændigheder, herunder de omstændigheder, der var afgørende i forbindelse med oprettelsen af det pågældende organ, og de betingelser, hvorunder det udøver virksomhed. I denne forbindelse er det væsentligt at fastslå, om det pågældende organ udøver sin virksomhed i en konkurrencesituation (jf. dom af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen m.fl., Sml. I, s. 5321, præmis 48 og 49 og den deri nævnte retspraksis).

42 Som anført i denne doms præmis 39, blev Fernwärme Wien oprettet specifikt med henblik på at sikre varmeforsyningen på byen Wiens område. Det er ubestridt, at der

ikke lå profithensyn bag oprettelsen af dette organ. Selv om det ikke er udelukket, at denne virksomhed frembringer en fortjeneste, der udloddes i form af udbytte til nævnte organs aktionærer, udgør opnåelsen af denne fortjeneste ikke hovedformålet med organet (jf. i denne retning dommen i sagen Korhonen m.fl., præmis 54).

43 Hvad derefter angår det relevante økonomiske miljø, eller det relevante marked, som skal tages i betragtning ved kontrollen af, om det omhandlede organ udøver virksomhed på konkurrencevilkår eller ej, skal der, som generaladvokaten har foreslået i punkt 53 og 54 i forslaget til afgørelse, med henblik på en formålsbestemt fortolkning af begrebet »offentligretligt organ« tages hensyn til den sektor, for hvilken Fernwärme Wien blev oprettet, dvs. forsyning af varme til et område med bymæssig bebyggelse ved afbrænding af affald.

44 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Fernwärme Wien i denne sektor faktisk har en monopollignende stilling, for så vidt som de to andre selskaber, der udøver virksomhed her, ikke er af betydende størrelse og derfor ikke kan udgøre egentlige konkurrenter. Denne sektor er i øvrigt præget af en betydelig grad af uafhængighed, for så vidt som det vil være meget vanskeligt at erstatte fjernvarme med andre energiformer, da dette ville kræve betydelige ombygningsarbejder. Endelig tillægger byen Wien af miljømæssige hensyn ligeledes dette varmesystem en særlig betydning. Henset til presset fra offentligheden, ville byen Wien endvidere aldrig tillade nedlæggelse af systemet, selv hvis det var tabsgivende.

45 Henset til disse forskellige oplysninger, som den forelæggende ret har givet, og som generaladvokaten har bemærket i punkt 57 i forslaget til afgørelse, har Fernwärme Wien i øjeblikket vist sig som den eneste virksomhed, der er i stand til at varetage sådanne opgaver af almen interesse inden for den omhandlede sektor, således at den ved indgåelse af kontrakter kan lade sig styre af andre kriterier end økonomiske.

46 I de ovennævnte domme i sagerne BFI Holding (præmis 49) og Agorà og Excelsior (præmis 38) bemærkede Domstolen, at den omstændighed, at der består en udviklet konkurrence, kan udgøre et indicium for, at der ikke er tale om en opgave af almen interesse, der falder uden for det industrielle eller forretningsmæssige område. Under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder fremgår det tydeligt af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at dette kriterium vedrørende en udviklet konkurrence langt fra er opfyldt.

47 Det skal tilføjes, at det i denne henseende er uden betydning, at dette organ ud over dets opgave af almen interesse ligeledes udøver andre former for virksomhed med profit for øje, når det fortsætter med at udføre de opgaver af almen interesse, som det specielt er forpligtet til at varetage. Den del af organet, der udøver virksomhed med profit for øje inden for rammerne af organets samlede virksomhed, er ligeledes uden betydning ved kvalificeringen af organet som offentligretligt organ (jf. i denne retning dommen i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., præmis 25, dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 56, og dommen i sagen Korhonen m.fl., præmis 57 og 58).

48 Herefter skal det andet spørgsmål besvares med, at et organ som Fernwärme Wien skal betragtes som et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2, stk. 1, litra a), andet afsnit, i direktiv 2004/17 og i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18.

Om det tredje spørgsmål

49 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om alle de kontrakter, der indgås af et organ, der udgør et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette

udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18, skal omfattes af bestemmelserne i et af disse direktiver, selv om det ved anvendelse af effektive foranstaltninger er muligt at sondre klart mellem den virksomhed, som dette organ udøver med henblik på at varetage opgaver af almen interesse, og den virksomhed, som organet udøver på konkurrencevilkår, hvilken sondring udelukker, at der forekommer krydsfinansiering mellem disse to former for virksomhed.

50 Det bemærkes i denne henseende, at den problematik, der ligger til grund for dette spørgsmål, første gang blev undersøgt af Domstolen i den sag, der gav anledning til ovennævnte dom i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. vedrørende fortolkningen af direktiv 93/37 om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Domstolen nåede i nævnte doms præmis 35 til den konklusion, at kontrakter af enhver art, som indgås af et organ, der udgør en ordregivende myndighed, er omfattet af bestemmelserne i dette direktiv.

51 Domstolen har for så vidt angår offentlige tjenesteydelsesaftaler gentaget dette standpunkt i de ovennævnte domme i sagerne BFI Holding (præmis 55 og 56) og Korhonen m.fl. (præmis 57 og 58) og for så vidt angår aftaler om offentlige indkøb i den ovennævnte dom i sagen Adolf Truley (præmis 56). Dette standpunkt finder ligeledes anvendelse på direktiv 2004/18, der udgør en nyaffattelse af bestemmelserne i alle de tidligere direktiver på området for indgåelse af offentlige kontrakter, som dette direktiv har erstattet (jf. i denne retning dommen i sagen Bayrischer Rundfunk m.fl., præmis 30).

52 Denne konklusion gælder også for et organ, der fører regnskab med henblik på at sondre klart mellem den virksomhed, som det udøver med henblik på at varetage opgaver af almen interesse, og den virksomhed, som det udøver på konkurrencevilkår.

53 Som generaladvokaten har fremhævet i punkt 64 og 65 i forslaget til afgørelse, kan der næres en alvorlig tvivl om, hvorvidt det faktisk er muligt at foretage en sådan

sondring mellem de forskellige former for virksomhed, der udøves af et organ, som udgør en enkelt juridisk person, der har en samlet aktivmasse uden delt ejerskab, og hvis ledelses- og forvaltningsbeslutninger vedtages i henhold til en enstrenget beslutningsproces, selv hvis der ses bort fra de talrige andre praktiske hindringer vedrørende forudgående og efterfølgende tilsyn med den absolutte adskillelse af det berørte organs forskellige former for virksomhed og henførelse af den omhandlede virksomhed til det ene eller det andet område.

54 Henset til de retssikkerheds-, gennemsigtigheds- og forudsigelighedshensyn, der omfatter gennemførelsen af alle offentlige udbudsprocedurer, bør man således henholde sig til den i denne doms præmis 50 og 51 anførte retspraksis.

55 Som det fremgår af denne doms præmis 49, angår den forelæggende rets spørgsmål imidlertid samtidig både direktiv 2004/17 og 2004/18.

56 Det bemærkes i denne henseende, at det inden for rammerne af gennemgangen af det andet præjudicielle spørgsmål er blevet konstateret, at et organ som Fernwärme Wien skal betragtes som et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og 2004/18. Domstolen har endvidere under gennemgangen af det første præjudicielle spørgsmål konkluderet, at en ordregiver i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17, udelukkende er forpligtet til at anvende den procedure, der er fastsat i dette direktiv, ved indgåelse af kontrakter i forhold til virksomhed, som dette organ udøver inden for en eller flere af de sektorer, der er omfattet af nævnte direktivs artikel 3-7.

57 Det bemærkes, at direktiv 2004/17 i overensstemmelse med Domstolens praksis omfatter de kontrakter, der indgås på området for en af de former for virksomhed, der udtrykkeligt er anført i nævnte direktivs artikel 3-7, og de kontrakter, der — selv om de har en anden karakter og af denne grund således normalt henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 — indgås til udøvelse af den virksomhed,

der er defineret i direktiv 2004/17 (jf. i denne retning dommen i sagen Strabag og Kostmann, præmis 41 og 42).

58 Følgelig er de kontrakter, der indgås af et organ som Fernwärme Wien, omfattet af de fremgangsmåder, der er fastsat i direktiv 2004/17, for så vidt som de har en forbindelse til en virksomhed, som dette organ udøver i de sektorer, der er anført i dette direktivs artikel 3-7. Derimod er alle de andre kontrakter, der indgås af et sådant organ i forbindelse med udøvelse af anden virksomhed, omfattet af de i direktiv 2004/18 fastsatte fremgangsmåder.

59 Herefter skal det tredje spørgsmål besvares med, at de kontrakter, der indgås af et organ, der udgør et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18, der har forbindelse til virksomhed, som dette organ udøver inden for en eller flere af de sektorer, der er anført i artikel 3-7 i direktiv 2004/17, skal omfattes af de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder. Derimod er alle de øvrige kontrakter, der indgås af dette organ i forhold til udøvelse af anden virksomhed, omfattet af de i direktiv 2004/18 fastsatte fremgangsmåder. Begge disse to direktiver finder anvendelse uden sondring mellem den virksomhed, som nævnte organ udøver med henblik på at varetage opgaver af almen interesse, og den virksomhed, som det udøver på konkurrencevilkår, selv når der foreligger et regnskab, der har til formål at foretage en sektoropdeling af dette organs virksomhed med henblik på at undgå krydsfinansiering mellem disse sektorer.

Sagens omkostninger

60 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 (Fjerde Afdeling) for ret:

1) En ordregiver i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt 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, er udelukkende forpligtet til at anvende den procedure, der er fastsat i dette direktiv, ved indgåelse af kontrakter i forhold til virksomhed, som dette organ udøver inden for sektorer, der er omfattet af nævnte direktivs artikel 3-7.

2) Et organ som Fernwärme Wien GmbH skal betragtes som et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2, stk. 1, litra a), andet afsnit, i direktiv 2004/17 og i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, 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.

3) De kontrakter, der indgås af et organ, der udgør et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18, der har forbindelse til virksomhed, som dette organ udøver inden for en eller flere af de sektorer, der er anført i artikel 3-7 i direktiv 2004/17, skal omfattes af de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder. Derimod er alle de øvrige kontrakter, der indgås af dette organ i forhold til udøvelse af anden virksomhed, omfattet af de i direktiv 2004/18 fastsatte fremgangsmåder. Begge disse to direktiver finder anvendelse uden sondring mellem den virksomhed, som nævnte organ udøver med henblik på at varetage opgaver af almen interesse, og den virksomhed, som det udøver på konkurrencevilkår, selv når der foreligger et regnskab, der har til formål at foretage en sektoropdeling af dette organs virksomhed med henblik på at undgå krydsfinansiering mellem disse sektorer.

Underskrifter