



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

5. oktober 2017*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 1, stk. 9 – begrebet »ordregivende myndighed« – selskab, hvis kapital ejes af en ordregivende myndighed – koncerninterne transaktioner«

I sag C-567/15,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Vilniaus apygardos teismas (den regionale domstol i Vilnius, Litauen) ved afgørelse af 21. oktober 2015, indgået til Domstolen den 2. november 2015, i sagen:

»LitSpecMet« UAB

mod

»Vilniaus lokomotyvų remonto depas« UAB,

procesdeltagere:

»Plienmetas« UAB,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, Domstolens præsident, K. Lenaerts, som fungerende dommer i Fjerde Afdeling, og dommerne E. Juhász (refererende dommer), C. Vajda og C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig I. Illéssy,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. februar 2017,

efter at der er afgivet indlæg af:

- »LitSpecMet« UAB ved advokatai C. Maczkovics, R. Martens og V. Ostrovskis,
- »Vilniaus lokomotyvų remonto depas« UAB ved advokatas D. Soloveičik og G. Jokubauskas, repræsentant for selskabet,

* Processprog: litauisk.

- den litauiske regering ved D. Kriauciūnas, D. Stepanienė og R. Butvydytė, som befuldmægtigede,
 - den tyske regering ved J. Möller, som befuldmægtiget,
 - den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes, M. Figueiredo og F. Batista, som befuldmægtigede,
 - Europa-Kommissionen ved A. Tokár, A. Steiblytė og J. Jokubauskaitė, som befuldmægtigede,
- og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 27. april 2017,
afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 9, 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 2004, L 134, s. 114), som ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 1251/2011 af 30. november 2011 (EUT 2011, L 319, s. 43) (herefter »direktiv 2004/18«).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en sag mellem »LitSpecMet« UAB og »Vilniaus lokomotyvų remonto depas« UAB (herefter »VLRD«) vedrørende en vareindkøbskontrakt angående jernholdige metaller, som VLRD delvist har tildelt LitSpecMet.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Direktiv 2004/18 blev ophævet og erstattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).
- 4 Ifølge artikel 1, stk. 2, litra c), i direktiv 2004/18 skulle der ved »offentlige vareindkøbskontrakter« forstås andre offentlige kontrakter end dem, der var omhandlet i litra b), og som vedrørte køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer.
- 5 Direktivets artikel 1, stk. 9, bestemte:

»Som »ordregivende myndigheder« betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

- a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter
- b) som er en juridisk person, og

- c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

[...]«

- 6 Det nævnte direktivs artikel 7 med overskriften »Tærskelværdier for offentlige kontrakter« fastsatte:

»Dette direktiv gælder for offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i artikel 10 og 11 og artikel 12-18, og hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskelværdier:

[...]

- b) 200 000 EUR

- for offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter, der indgås af andre ordregivende myndigheder end dem, der er omfattet af bilag IV

[...]«

Litauisk ret

- 7 La Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (den litauiske lov om offentlige udbud), som gennemfører direktiv 2004/18 i litauisk ret, fastsætter i sin artikel 4 med overskriften »Ordregivende myndigheder«:

»1. Ved ordregivende myndighed forstås:

- 1) en statslig eller lokal myndighed
- 2) en privatretlig eller offentligretlig juridisk person, som opfylder de i stk. 2 fastsatte betingelser
- 3) en sammenslutning af de i nr. 1) nævnte myndigheder og/eller af de i nr. 2) nævnte privatretlige eller offentligretlige juridiske personer
- 4) ordregivende virksomheder inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester som nævnt i artikel 70, stk. 1, nr. 2)-4).

2. Ved ordregivende myndighed forstås en privatretlig eller offentligretlig juridisk person (som ikke er en national eller lokal myndighed), når hele eller en vis del af dennes drift specielt tilsigter at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og som opfylder mindst én af følgende betingelser:

- 1) Mere end 50% af dens drift finansieres af statens eller lokale myndigheders budget eller af andre midler fra staten eller lokale myndigheder eller af midler fra andre af de i dette stykke nævnte privatretlige eller offentligretlige juridiske personer.
- 2) Den kontrolleres (forvaltes) af den nationale eller lokale myndighed eller af andre af de i dette stykke nævnte privatretlige eller offentligretlige juridiske personer.

- 3) Mere end halvdelen af medlemmerne af administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet er udpeget af de i dette stykke nævnte nationale eller lokale myndigheder eller privatretlige eller offentligretlige juridiske personer. [...]«
- 8 Artikel 10, stk. 5, i den litauiske lov om offentlige udbud bestemmer:

»Bestemmelserne i denne lov finder ikke anvendelse, når den ordregivende myndighed indgår en kontrakt med en juridisk selvstændig enhed, som den udøver en kontrol over, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene eller organer, og som den ejer eksklusivt (eller over for hvilken den påtager sig statens eller en lokal myndigheds rettigheder og forpligtelser i sin egenskab af eneste partner), og når den kontrollerede virksomhed har opnået mindst 90% af sin omsætning fra det foregående regnskabsår (eller fra den periode, der er forløbet fra virksomhedens etablering, hvis den har været i drift i mindre end et regnskabsår) gennem virksomhed, der har til formål at imødekomme den ordregivende myndigheds behov eller gøre det muligt for den at udøve sine funktioner.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 9 VLRD er et erhvervsdrivende selskab, som blev oprettet i 2003 som følge af en omstrukturering af »Lietuvos geležinkiai« AB (herefter »det litauiske jernbaneselskab«), og hvis formål bl.a. er fremstilling og vedligeholdelse af lokomotiver og vogne samt elmotorvogne og motordrevne redskaber.
- 10 VLRD er datterselskab af det litauiske jernbaneselskab som dets eneste aktionær. Det litauiske jernbaneselskab var på tidspunktet for de faktiske omstændigheder VLRD's største kunde, idet selskabets ordrer udgjorde næsten 90% af VLRD's omsætning.
- 11 I 2013 indledte VLRD en forenklet offentlig udbudsprocedure vedrørende levering af jernholdige metalstænger, som LitSpecMet reagerede på, hvorefter det fik tildelt blot en del af kontrakten.
- 12 LitSpecMet indgav klage med påstand om annullation af udbudsproceduren og om offentliggørelse af en ny udbudsmeddelelse i overensstemmelse med den litauiske lov om offentlige udbud, idet VLRD ifølge LitSpecMet udgjorde en ordregivende myndighed som omhandlet i den litauiske lov om offentlige udbud.
- 13 I denne forbindelse gjorde LitSpecMet i det væsentligste gældende, dels at VLRD var blevet oprettet med henblik på at imødekomme behovene hos det litauiske jernbaneselskab, som er en statsfinansieret virksomhed, der varetager offentlige tjenesteydelsesopgaver, dels at betingelserne for de leveringer og salg, som selskabet foretog for sit moderselskab, ikke svarede til de sædvanlige konkurrencevilkår. Denne omstændighed var efter LitSpecMets opfattelse tilstrækkelig til at antage, at VLRD's virksomhed havde til formål at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og følgelig til at antage, at der var tale om en ordregivende myndighed, som er underlagt reglerne for offentlige udbud.
- 14 Le Vilniaus apygardos teismas (den regionale domstol i Vilnius, Litauen) tog ikke LitSpecMets påstande til følge. Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) stadfæstede denne afgørelse.
- 15 Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) begrundede bl.a. stadfæstelsen af afgørelsen i første instans med, at VLRD var blevet oprettet med henblik på at udøve kommerciel virksomhed med gevinst for øje, hvilket kunne udledes af den omstændighed, at selskabet bar hele risikoen for sin virksomhed, uden at staten dækkede tab. Appelinstanten fastslog endvidere, at VLRD's virksomhed ikke kunne anses for at opfylde almenhedens behov med hensyn til alle borgere, eftersom det var godtgjort, at VLRD opererede i et konkurrencepræget miljø, og at næsten samtlige de salgsaftaler, som

selskabet havde indgået på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, selv om de var indgået med det litauiske jernbaneselskab, i henhold til de foretagne fremskrivninger ikke udgjorde mere end 15% af VLRD's handelstransaktioner i 2016.

- 16 Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) omstødte den afgørelse, som Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) havde truffet.
- 17 I denne henseende lagde Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) til grund, at afgørelsen af den tvist, som den var blevet forelagt, afhang af en fortolkning af udtrykket »organ, der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter«, som fremgår af artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a), i direktiv 2004/18 og af artikel 4 i den litauiske lov om offentlige udbud.
- 18 I denne forbindelse bemærkede Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) bl.a., at der i henhold til den funktionelle tilgang til begrebet »offentligretligt organ«, som Domstolen har fulgt, ved vurderingen af, om en person er en ordregivende myndighed, skal tages hensyn til en række vurderingskriterier, såsom hvorvidt der foreligger en konkurrencesituation på det marked, hvor personen opererer, de forhold, hvorunder den pågældende enhed er blevet oprettet, muligheden for at erstatte enheden med en anden, og om enheden bærer den risiko, som er forbundet med dens virksomhed.
- 19 Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) bemærkede i det væsentlige, at både domstolen i første instans og appelininstansen havde undladt at undersøge de særlige omstændigheder ved den økonomiske virksomhed, som VLRD udøver, herunder bl.a. det konkurrenceniveau, som gjorde sig gældende i den økonomiske sektor, hvori selskabet opererede. Efter Lietuvos Aukščiausiasis Teismas' (Litauens øverste domstol) opfattelse, havde de nævnte domstole lagt for meget vægt på VLRD's selskabsform, dvs. at det er et erhvervsdrivende selskab, i forbindelse med, at det blev fastslået, at VLRD ikke var en ordregivende myndighed.
- 20 Endvidere bemærkede Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol), at VLRD i gennemsnit gennemførte 15 interne transaktioner pr. år med sit moderselskab, som ved denne type transaktion ikke var underlagt reglerne om offentlige indkøb. I denne henseende bemærkede Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol), at såfremt moderselskabet selv udøvede den virksomhed, som dets datterselskab udøver, ville det være underlagt de nævnte regler for så vidt angår erhvervelse af køretøjer, materialer og andet udstyr, som er nødvendigt for reparation af lokomotiver og rullende materiel eller for andet arbejde, i henhold til den litauiske lov om offentlige udbud. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) anførte, at det i dette tilfælde skal efterprøves, om den omstændighed, at et moderselskab benytter sit datterselskabs tjenester med henblik på at foretage økonomiske transaktioner, der tilgodeser almenhedens behov, ikke medfører, at lovgivningen om offentlige udbud omgås.
- 21 Sagen blev hjemvist til Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol), som efter at have ophævet Vilniaus apygardos teismas (den regionale domstol i Vilnius) afgørelse, hjemviste sagen til denne domstol.
- 22 Det er under disse omstændigheder, at Vilniaus apygardos teismas (den regionale domstol i Vilnius), har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18[...] fortolkes således, at et selskab:

- der er stiftet af en ordregivende myndighed, der driver virksomhed på jernbanetransportområdet navnlig ved drift af offentlig jernbaneinfrastruktur, person- og godstransport

- der uafhængigt udøver en erhvervsmæssig virksomhed, hvor det fastsætter en forretningsstrategi, træffer beslutninger vedrørende vilkårene for virksomhedens aktivitet (produktmarked, kundesegment osv.), handler på et konkurrencepræget marked i hele Den Europæiske Union og uden for [Den Europæiske Unions] marked, leverer tjenesteydelser i form af fremstilling og reparation af rullende materiel og deltager i offentlige udbud, der er forbundet med denne virksomhed og søger at få ordrer fra tredjemand (andre end moderselskabet)
- der leverer tjenesteydelser i form af reparation af rullende materiel til sin stifter på grundlag af interne transaktioner, og hvor værdien af disse tjenesteydelser udgør 90% af virksomhedens samlede virksomhed
- hvis levering af tjenesteydelser til stifteren tager sigte på at sikre stifterens person- og godstransportvirksomhed,

ikke skal betragtes som en ordregivende myndighed?

- 2) Såfremt Domstolen fastslår, at selskabet skal betragtes som en ordregivende myndighed under de ovennævnte omstændigheder, skal artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18[...] da fortolkes således, at et selskab mister sin status som ordregivende myndighed, såfremt værdien af reparationer af rullende materiel, der ydes på baggrund af interne transaktioner med den ordregivende myndighed, som er selskabets stifter, falder og udgør mindre end 90% eller ikke udgør hovedparten af den samlede omsætning fra selskabets virksomhed?»

De præjudicielle spørgsmål

- 23 Med sine spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at et selskab, som for det første ejes fuldt ud af en ordregivende myndighed, hvis virksomhed imødekommer almenhedens behov, og som for det andet gennemfører transaktioner både for denne ordregivende myndighed og på et konkurrencepræget marked, kan kvalificeres som et »offentligretligt organ« i denne bestemmelses forstand, og i givet fald hvilken betydning det i denne forbindelse har, at værdien af disse interne transaktioner i fremtiden kan udgøre mindre end 90% eller en uvæsentlig del af selskabets samlede omsætning.
- 24 Indledningsvis bemærkes, at den forelæggende ret ikke har angivet nogen oplysninger vedrørende værdien af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, hvorfor det ikke er muligt med sikkerhed at afgøre, om denne overstiger den tærskelværdi, som er fastsat i artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18, og følgelig om de nødvendige betingelser for anvendelse af dette direktiv, er opfyldt i hovedsagen.
- 25 Som følge af den samarbejdsånd, der består i forholdet mellem de nationale retter og Domstolen inden for rammerne af den præjudicielle procedure, fører en sådan manglende forudgående konstatering fra den forelæggende rets side ikke til, at anmodningen skal afvises fra realitetsbehandling, såfremt Domstolen på trods af en sådan mangel på baggrund af de oplysninger, der fremgår af sagsakterne, finder, at den er i stand til at give den forelæggende ret et nyttigt svar. Dette er bl.a. tilfældet, såfremt forelæggelsesafgørelsen indeholder tilstrækkeligt med relevante oplysninger til at fastslå, om betingelserne for anvendelse af en afledt retsakt kan være opfyldt. Domstolens svar forudsætter imidlertid, at den forelæggende ret fastslår, at disse betingelser er opfyldt (jf. analogt dom af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 48).
- 26 Det tilkommer derfor den forelæggende ret at efterprøve, om den betingelse vedrørende værditærsklen på 200 000 EUR, som er fastsat i artikel 7, litra b), i direktiv 2004/18, er opfyldt.

- 27 Det er ubestridt, at det litauiske jernbaneselskabs virksomhed, som omfatter offentlig persontransport, anses for at blive udøvet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, og at dette selskab skal kvalificeres som et »offentligretligt organ« og dermed som »ordregivende myndighed«.
- 28 Det første spørgsmål tager således sigte på at afklare, hvorvidt VLRD ligeledes skal kvalificeres som et »offentligretligt organ«.
- 29 I henhold til artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a)-c), i direktiv 2004/18 forstås der ved et »offentligretligt organ« ethvert organ, der for det første er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, for det andet er en juridisk person, og hvorom det for det tredje gælder, at dets drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.
- 30 Ifølge Domstolens faste retspraksis har de i denne artikel opregnede bestemmelser en kumulativ karakter, og er en af betingelserne ikke opfyldt, kan et organ ikke karakteriseres som et »offentligretligt organ« og dermed som ordregivende myndighed i betydningen i direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dom af 22.5.2003, Korhonen m.fl., C-18/01, EU:C:2003:300, præmis 32, og af 10.4.2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).
- 31 Begrebet »ordregivende myndighed«, herunder begrebet »offentligretligt organ«, skal underlægges en bred formålsbestemt fortolkning i lyset af formålene med udbudsdirektiverne, som er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og 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 (jf. i denne retning dom af 15.5.2003, Kommissionen mod Spanien, C-214/00, EU:C:2003:276, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).
- 32 Det skal bemærkes, at VLRD tilsyneladende opfylder betingelserne i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra b) og c), i direktiv 2004/18. Det er således ubestridt, at selskabet er en juridisk person. Endvidere har den forelæggende ret konstateret, at VLRD er et datterselskab, som er 100% ejet af det litauiske jernbaneselskab, og at det »kontrolleres« af sidstnævnte selskab.
- 33 Det skal derfor alene undersøges, hvorvidt VLRD udgør et »organ, der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter« som omhandlet i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a), i direktiv 2004/18.
- 34 Det fremgår af ordlyden af artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a), i direktiv 2004/18, at det krav, der stilles heri, skal være opfyldt af den enhed, hvis kvalificering er blevet bedømt, og ikke af en anden enhed, selv om sidstnævnte enhed er moderselskab til den førstnævnte enhed, som leverer gods eller tjenesteydelser til denne. At en virksomhed er blevet oprettet af en ordregivende myndighed, eller at dens aktiviteter finansieres med økonomiske midler fra en ordregivende myndigheds aktiviteter, er således ikke tilstrækkeligt til, at virksomheden selv kan anses for at være en ordregivende myndighed (dom af 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., C-44/96, EU:C:1998:4, præmis 39).
- 35 Endvidere skal det holdes for øje, at anvendelsen af udtrykket »specielt« vidner om EU-lovgivers hensigt om, at alene enheder, der er oprettet med det specifikke formål at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og hvis drift imødekommer disse behov, skal være underlagt bindende regler for offentlige udbud.

- 36 Det skal således først afgøres, om VLRD er blevet oprettet med det specifikke formål at imødekomme almenhedens behov, og hvorvidt selskabets aktiviteter faktisk imødekommer disse behov, inden det derefter i bekræftende fald skal undersøges, om sådanne behov er af industriel eller kommerciel karakter (jf. i denne retning dom af 22.5.2003, Korhonen m.fl., C-18/01, EU:C:2003:300, præmis 40).
- 37 I den foreliggende sag følger det af ordlyden af det første spørgsmål, at VLRD leverer gods og tjenesteydelser med henblik på at »sikre [sit moderselskabs] person- og godstransportvirksomhed«.
- 38 Det følger af forelæggelsesafgørelsen, at VLRD blev oprettet efter en omstrukturering af det litauiske jernbaneselskab, og at »såvel oprettelsen af [VLRD] som driften heraf stedse skulle tage sigte på at imødekomme stifterens behov, dvs. almenhedens behov«. I denne forbindelse skal det bemærkes, at VLRD's drift, bl.a. fremstilling og reparation af lokomotiver og køretøjer samt levering af disse produkter og tjenesteydelser til det litauiske jernbaneselskab, synes at være nødvendig for, at sidstnævnte selskab kan varetage sin drift, som tilsigter at imødekomme almenhedens behov.
- 39 Det ser således ud til, at VLRD er blevet oprettet specielt med henblik på at imødekomme sit moderselskabs behov, idet de behov, som VLRD har fået til opgave at imødekomme, udgør en nødvendig betingelse for, at moderselskabet kan varetage driften i almenhedens interesse, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
- 40 Det skal bemærkes, at det er uden betydning, at det omhandlede organ, ud over at udøve virksomhed, der har til formål at imødekomme almenhedens behov, ligeledes udøver andre former for virksomhed med vinding for øje på et konkurrencepræget marked (jf. i denne retning dom af 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., C-44/96, EU:C:1998:4, præmis 25, og af 10.4.2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 Den omstændighed, at VLRD ikke alene udøver virksomhed, der tilsigter at imødekomme almenhedens behov, via interne transaktioner med det litauiske jernbaneselskab, for at dette kan udøve sin transportvirksomhed, men ligeledes virksomhed med vinding for øje, er i denne henseende således uden betydning.
- 42 Med henblik på at vurdere, hvorvidt et organ henhører under begrebet »offentligretligt organ« som omhandlet i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a), i direktiv 2004/18, er det ligeledes nødvendigt, at organet imødekommer almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter.
- 43 I denne forbindelse skal det bemærkes, at vurderingen af denne karakter skal foretages under hensyntagen til samtlige relevante retlige og faktiske omstændigheder, herunder de omstændigheder, der var afgørende i forbindelse med oprettelsen af det pågældende organ, og de betingelser, som regulerer dets virksomhed, der har til formål at imødekomme almenhedens behov, som f.eks., om der er konkurrence på markedet, om selskabet har vinding for øje, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af denne virksomhed, samt om virksomheden eventuelt finansieres af det offentlige.
- 44 Domstolen har således med hensyn til virksomhed, der tilsigter at imødekomme almenhedens behov, fastslået, at hvis det pågældende organ udøver sin virksomhed på normale markedsvilkår, har til formål at skabe indtjening og selv bærer de tab, der er forbundet med virksomhedsudøvelsen, er det ikke sandsynligt, at de behov, det skal imødekomme, falder uden for det industrielle eller forretningsmæssige område (dom af 16.10.2003, Kommissionen mod Spanien, C-283/00, EU:C:2003:544, præmis 81 og 82 og den deri nævnte retspraksis).
- 45 Den omstændighed, at der består en udviklet konkurrence, gør det dog ikke i sig selv muligt at fastslå, at der ikke er tale om almenhedens behov uden for det industrielle eller forretningsmæssige område.

- 46 Under disse omstændigheder tilkommer det den forelæggende ret på grundlag af alle de for sagen relevante retlige og faktiske omstændigheder at efterprøve, om den virksomhed, som VLRD udøver, og som tager sigte på at imødekomme almenhedens behov, på tidspunktet for tildelingen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt blev udført på konkurrencemæssige vilkår, og navnlig om VLRD, henset til sagens omstændigheder, kunne lade sig lede af andre hensyn end økonomiske.
- 47 I denne forbindelse har den omstændighed, som den forelæggende ret har fremhævet i forelæggelsesafgørelsen, hvorefter omfanget af de interne transaktioner, der gennemføres med det litauiske jernbaneselskab, set i forhold til VLRD's samlede omsætning, kan falde i fremtiden, imidlertid ingen betydning, eftersom det tilkommer denne retsinstans at undersøge selskabets forhold på tidspunktet for tildelingen af den omhandlede kontrakt.
- 48 De forelagte spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at et selskab, som for det første ejes fuldt ud af en ordregivende myndighed, hvis virksomhed imødekommer almenhedens behov, og som for det andet gennemfører transaktioner både for denne ordregivende myndighed og på et konkurrencepræget marked, skal kvalificeres som et »offentligretligt organ« som omhandlet i denne bestemmelse, såfremt selskabets virksomhed er nødvendig for, at den ordregivende myndighed kan udøve sin virksomhed, og selskabet med henblik på at imødekomme almenhedens interesse lader sig lede af andre hensyn end økonomiske, hvilket det påhviler den forelæggende ret at efterprøve. I denne forbindelse har det ingen betydning, at værdien af de interne transaktioner i fremtiden kan udgøre mindre end 90% eller en uvæsentlig del af selskabets samlede omsætning.

Sagsomkostninger

- 49 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 sagsomkostningerne. 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:

De forelagte spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18 af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 1251/2011 af 30. november 2011, skal fortolkes således, at et selskab, som for det første ejes fuldt ud af en ordregivende myndighed, hvis virksomhed imødekommer almenhedens behov, og som for det andet gennemfører transaktioner både for denne ordregivende myndighed og på et konkurrencepræget marked, skal kvalificeres som et »offentligretligt organ« som omhandlet i denne bestemmelse, såfremt selskabets virksomhed er nødvendig for, at den ordregivende myndighed kan udøve sin virksomhed, og selskabet med henblik på at imødekomme almenhedens interesse lader sig lede af andre hensyn end økonomiske, hvilket det påhviler den forelæggende ret at efterprøve. I denne forbindelse har det ingen betydning, at værdien af de interne transaktioner i fremtiden kan udgøre mindre end 90% eller en uvæsentlig del af selskabets samlede omsætning.

Underskrifter