

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
CHRISTINE STIX-HACKL
fremsat den 23. september 2004¹

I — Indledning

1. Denne anmodning om en præjudiciel afgørelse vedrører i det væsentlige følgende to retlige problemer i forbindelse med udbudsbestemmelserne: retsbeskyttelsen mod direkte tildeling, dvs. det forhold, at der ikke er gennemført en formel udbudsprocedure, og betingelserne for undtagelsen for såkaldte kvasi-in house-tildelinger. Sidstnævnte vedrører fortolkningen af dommen i Teckal-sagen².

II — De relevante retsregler

2. De præjudicielle spørgsmål vedrører for det første fortolkningen af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af

offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter³ (herefter »direktiv 89/665«) og for det andet fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler⁴ (herefter »direktiv 92/50«).

3. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 har følgende ordlyd i den gældende affattelse:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.«

3 — EFT L 395, s. 33, ændret ved artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, EFT L 209, s. 1, af den forelæggende ret omtalt som »kontroldirektivet«.

4 — EFT L 209, s. 1, ændret flere gange; af den forelæggende ret omtalt som »tjenesteydelsesdirektivet«.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121.

4. Artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:
- b) der af et joint venture bestående af flere ordregivere med henblik på udøvelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for virksomhed indgås med en af de deltagende ordregivere eller med en virksomhed, der er tilknyttet en af de deltagende ordregivere

»I dette direktiv forstås ved:

- a) »offentlige tjenesteydelsesaftaler« gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed [...]«
- såfremt mindst 80% af den gennemsnitlige omsætning af tjenesteydelser, som den pågældende virksomhed har haft i Fællesskabet i løbet af de seneste tre år, hidrører fra leveringen af tjenesteydelser til de virksomheder, den er tilknyttet.

5. Endelig henvises der i hovedsagen også til Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (herefter »direktiv 93/38«)⁵. Dette direktivs artikel 13, stk. 1, har følgende ordlyd:

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

»1. Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelsesaftaler;

III — Faktiske omstændigheder og hovedsagen

- a) som en ordregiver indgår med en tilknyttet virksomhed

6. Stadt Halle påbegyndte i foråret 2001 planlægningsarbejdet med henblik på forbedring, nyttiggørelse eller bortskaffelse af dens indsamlingspligtige og eventuelt også ikke indsamlingspligtige affald gennem en kommunalt domineret virksomhed. Ved beslutning af 12. december 2001 fik RPL Recyclingpark Lochau GmbH (herefter

5 — EFT L 199, s. 84, ændret flere gange.

»RPL«) af Stadt Halle til opgave at forestå opførelsen af Thermische Abfallbeseitigungs- und Verwertungsanlage i Lochau (termisk affaldsbortskaffelsesanlæg, herefter »TABVA«) med hensyn til planlægning, tilladelser og byggeri. Stadt Halle besluttede samtidig at indlede forhandlinger med RPL om en kontrakt om bortskaffelse af Stadt Halles restaffald fra den 1. juni 2005 uden en forudgående formel udbudsprocedure. Den kontrakt, som allerede forelå i udkast, ville langt overstige tærskelværdien for sådanne tjenesteydelsesaftaler. Stadt Halle påtænker endvidere, for at sikre en udnyttelse af anlæggets kapacitet, at indgå hensigtsaftaler med to naboamter, hvorefter disse regionale myndigheder overlader opgaven med affaldsbehandling og -nyttiggørelse til Stadt Halle, således at behandlingen af restaffald fra disse amter ligeledes skal finde sted på RPL's TABVA. Stadt Halle har lagt til grund, at der herved er tale om en »in house-ydelse«, der ikke er omfattet af udbudspligt.

7. RPL, der har eksisteret siden 1996, er et halvoffentligt selskab, der retligt har form af et selskab med begrænset ansvar (GmbH). Selskabsdeltagerne i RPL er dels Stadtwerke Halle GmbH, som ejer 75,1%, og hvis ene-ejer, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, ejes af Stadt Halle med 100%, dels den private virksomhed RWE Umwelt Sachsen-

Anhalt GmbH, der ejer 24,9%. Den aktuelle fordeling af aktierne er først i slutningen af 2001 blevet fastsat i selskabsvedtægterne i forbindelse med den påtænkte tildeling af en kontrakt om affaldsbortskaffelsesydelser fra den 1. juni 2005. RPL's formål er ifølge selskabsvedtægterne drift af genbrugs- og affaldsbortskaffelsesanlæg, herunder navnlig drift af anlæg til kompostering af bioaffald, rensning af blandet byggeaffald og industriaffald, opførelse og drift af anlæg til behandling og nyttiggørelse af kloakslam, nyttiggørelse af nedsivende vand, gas fra deponeringsanlæg og biogas samt termisk affaldsbehandling.

8. Ifølgeselskabsvedtægternetræfferselskabsdeltagerne beslutning ved simpelt flertal, idet visse beslutninger, herunder ansættelse af selskabets to direktører, dog træffes ved kvalificeret flertal på 75% af stemmerne. Direktionen skal hver måned aflægge beretning til selskabsdeltagerne i overensstemmelse med reglerne om aflæggelse af beretning for Stadtwerke Halle GmbH. Visse retshandler og foranstaltninger, herunder indgåelse eller ændring af driftskontrakter, investeringer samt optagelse af lån, der overstiger et vist beløb, kræver generalforsamlingens godkendelse. For nuværende er den forretningsmæssige og tekniske ledelse af RPL i henhold til aftale overdraget til en tredje virksomhed. Kontrollfunktioner, der

sædvanligvis varetages af bestyrelsen, varetages af Stadtwerke Halle GmbH's bestyrelse. Stadt Halle har ifølge selskabsvedtægterne med hensyn til årsregnskabet navnlig kompetence til at foretage revision og til umiddelbart at modtage oplysninger fra Stadt Halles revisionsmyndighed.

10. Stadt Halle samt RPL har indbragt denne kendelse for Oberlandesgericht Naumburg.

IV — De præjudicielle spørgsmål

9. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (herefter »TREA«) gjorde ved skrivelser af 21. december 2001 og 30. januar 2002 til Stadt Halle gældende, at betingelserne for en »in house-ydelse« ikke var opfyldt, hvorfor den omstændighed, at Stadt Halle påtænker at indgå aftale om udførelse af affaldsbortskaffelsesydelse fra den 1. juni 2005 uden en formel udbudsprocedure, er i strid med udbudsreglerne. Stadt Halle bekræftede ved skrivelse af 7. februar 2002 samt under en drøftelse den 19. februar 2002, at selskabet fastholdt sin retsopfattelse. Ved skrivelse af 21. februar 2001 indgav TREA begæring om indledning af en klageprocedure ved Vergabekammer ved Regierungspräsidium Halle med henblik på, at Stadt Halle blev tilpligtet at gennemføre et offentligt udbud. Den 27. maj 2002 afsagde Vergabekammer ved Regierungspräsidium Halle en kendelse, hvorefter det pålægges Stadt Halle at udbyde kontrakter vedrørende forestående tjenesteydelse — »bortskaffelse af restaffald for Stadt Halle fra den 1. juni 2005« — i konkurrence ved en udbudsprocedure i henhold til de nationale almindelige bestemmelser for udbud af tjenesteydelse (Verdingungsordnung), som skal være gennemsigelig.

11. Oberlandesgericht Naumburg har udsat klagesagen og anmodet Domstolen om at afgøre følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Kræves det efter kontroldirektivets artikel 1, stk. 1, at medlemsstaterne sikrer, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over en ordregivende myndigheds beslutning om ikke at udbyde en offentlig kontrakt i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiverne om udbud af offentlige kontrakter?
- 2) Kræves det ligeledes efter kontroldirektivets artikel 1, stk. 1, at medlemsstaterne sikrer, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger forud for en formel udbudsprocedure, navnlig over beslutningen med hensyn til de præliminære spørgsmål om, hvorvidt en bestemt procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt over-

hovedet falder ind under det personelle, henholdsvis det materielle anvendelsesområde for direktiverne om udbud af offentlige kontrakter, eller om der undtagelsesvis foreligger et tilfælde, hvor udbudsreglerne ikke finder anvendelse?

omhandlet i tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, litra a), såfremt kontraktparten må henregnes til den offentlige forvaltning eller til den ordregivende myndigheds forretningsområde — herefter »udbudsfrie selvudførte tjenester« — ønsker retten oplyst, om det altid er udelukket at henføre en sådan kontrakt til begrebet udbudsfrie selvudførte ydelser, allerede fordi en privat virksomhed ejer en andel i kontraktparten?

- 3) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, og spørgsmål 2 besvares benægtende, spørges: Opfylder en medlemsstat sin forpligtelse til at sikre, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over en ordregivende myndigheds beslutning om ikke at udbyde en offentlig kontrakt i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiverne om udbud af offentlige kontrakter, såfremt adgangen til at indgive en klage forudsætter, at proceduren for indgåelse af den offentlige kontrakt er nået til et bestemt formelt stadium, f.eks. at der er indledt mundtlige eller skriftlige kontraktforhandlinger med en tredjepart?
- 4) Såfremt det forudsættes, at en ordregivende myndighed, som f.eks. en regional eller lokal myndighed, påtænker at indgå en skriftlig gensidigt bebyrdende tjenesteydelsesaftale, som er omfattet af tjenesteydelsesdirektivet, med et organ, som formelt er adskilt fra myndigheden selv — herefter »kontraktparten« — og under den yderligere forudsætning, at denne kontrakt undtagelsesvis ikke er en offentlig tjenesteydelsesaftale som omhandlet i tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, litra a), såfremt kontraktparten må henregnes til den offentlige forvaltning eller til den ordregivende myndigheds forretningsområde — herefter »udbudsfrie selvudførte tjenester« — ønsker retten oplyst, om det altid er udelukket at henføre en sådan kontrakt til begrebet udbudsfrie selvudførte ydelser, allerede fordi en privat virksomhed ejer en andel i kontraktparten?
- 5) Såfremt spørgsmål 4 besvaret benægtende, spørges: Under hvilke betingelser skal en kontraktpart, der til dels ejes af en privat virksomhed — herefter »halv-offentligt selskab« — henregnes til den offentlige forvaltning eller til den ordregivende myndigheds forretningsområde? I den forbindelse spørges navnlig:
- a) Er det tilstrækkeligt til, at et halv-offentligt selskab, henset til kontrollens udformning og intensitet, må henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde, at den ordregivende myndighed øver »bestemmende« indflydelse på dette, f.eks. som omhandlet i artikel 1, nr. 2, og artikel 13, stk. 1, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt

transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), som ændret ved tiltrædelsesakten af 1994 (EFT C 241 af 29.8.1994, s. 228) samt ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF (EFT L 101 af 16.2.1998, s. 1) — herefter »forsyningsvirksomhedsdirektivet«?

- b) Udelukker enhver form for retlig mulig indflydelse for den private selskabsdeltager i det halvoffentlige selskab på kontraktpersonens strategiske mål og/eller virksomhedsledelsens enkeltbeslutninger, at denne kan henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde?

- d) Er det tilstrækkeligt til, at et halvoffentligt selskab, henset til, at aktiviteten i det væsentlige udføres for den ordregivende myndighed, kan anses for omfattet af den ordregivende myndigheds forretningsområde, at mindst 80% af den gennemsnitlige omsætning af tjenesteydelser, som den pågældende virksomhed har haft i Fællesskabet i løbet af de seneste tre år, hidrører fra levering af sådanne tjenesteydelser til den ordregivende myndighed eller til virksomheder, som er forbundet med eller henhører under denne, eller — såfremt den blandede økonomiske virksomhed endnu ikke har bestået i tre år — ud fra en prognose må forventes at opfylde denne 80%'s-regel?»

V — De præjudicielle spørgsmål vedrørende retsbeskyttelsen (første, andet og tredje præjudicielle spørgsmål)

- c) Er det tilstrækkeligt til, at et halvoffentligt selskab, henset til kontrollens udformning og intensitet, må henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde, at denne myndighed for så vidt angår den konkrete procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt har en omfattende instruktionsbeføjelse alene med hensyn til beslutninger vedrørende kontraktens indgåelse og leveringen af ydelserne?

A — Formaliteten

12. Med hensyn til de præjudicielle spørgsmål vedrørende retsbeskyttelsen skal det indledningsvis undersøges, om og i hvilken udstrækning disse præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

13. Domstolen er principielt forpligtet til at træffe afgørelse, medmindre det er åbenbart, at den præjudicielle anmodning i virkeligheden har til formål at få Domstolen til at træffe afgørelse på grundlag af en konstrueret tvist eller at afgive responsa om generelle eller hypotetiske spørgsmål, at den fortolkning af fællesskabsretten, der anmodes om, ikke har nogen forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller at Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en relevant besvarelse af de forelagte spørgsmål⁶.

14. I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagens akter, at den planlagte tildeling, som udgør sagens genstand i hovedsagen, befinder sig på et bestemt stadium, da der nemlig allerede foreligger et udkast til kontrakt. Det følger heraf, at de præjudicielle spørgsmål kun kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som de er nødvendige med henblik på at afgøre tvisten i denne henseende. De præjudicielle spørgsmål vedrører ganske vist væsentlige retlige problemer i forbindelse med retsbeskyttelsen, men af processuelle grunde kan der ikke tages hensyn til sådanne generelle betragtninger. De vedrører nemlig situationer, som ikke er genstand for den konkrete sag, hvori den forelæggende ret skal træffe afgørelse. I

øvrigt har den forelæggende ret heller ikke givet nogen forklaring med hensyn til de præcise grunde, der førte den til at antage, at en besvarelse af spørgsmålet vedrørende sådanne tilfælde er nødvendig, for at den kan afgøre den verserende tvist.

15. Når der således ikke foreligger oplysninger, hvoraf det kan udledes, at det er nødvendigt for løsningen af tvisten i hovedsagen, at spørgsmålet vedrørende sådanne tilfælde besvares, bør disse spørgsmål anses for at være hypotetiske, hvorfor de ikke kan antages til realitetsbehandling⁷.

16. For så vidt som der med de præjudicielle spørgsmål anmodes om at få afklaret generelle retsspørgsmål, kan de således ikke antages til realitetsbehandling. Dette gælder ligeledes for spørgsmålet om, hvorvidt national ret er forenelig med fællesskabsretten, som behandles i det tredje præjudicielle spørgsmål. Med disse begrænsninger kan de præjudicielle spørgsmål vedrørende retsbeskyttelsen imidlertid i øvrigt, dvs. hvad angår situationen i hovedsagen, antages til realitetsbehandling. Under hensyn til, at de tre første præjudicielle spørgsmål indholdsmæssigt giver udtryk for det samme, nemlig fastlæggelsen af, hvilke af ordregiverens handlinger der kan gøres til genstand for klage, er det hensigtsmæssigt at undersøge og besvare disse samlet.

6 — Med hensyn til udbudsprocedurer jf. dom af 16.10.2003, sag C-421/01, Traunfellner, Sml. I, s. 11941, præmis 37, og af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 76.

Jf. endvidere navnlig dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 18, af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 61, af 16.1.1997, sag C-134/95, USSL n° 47 di Biella, Sml. I, s. 195, præmis 12, og af 7.1.2003, sag C-306/99, BIAO, Sml. I, s. 1, præmis 89.

7 — Dommen i sag C-421/01, nævnt i fodnote 6, præmis 38 f. og i sag C-448/01, nævnt i fodnote 6, præmis 83; jf. tillige dom af 18.3.2004, sag C-314/01, Siemens, Sml. I, s. 2549, præmis 36.

B — *Vurdering af sagens realitet*

17. De præjudicielle spørgsmål vedrørende retsbeskyttelsen i forbindelse med visse beslutninger truffet af ordregiveren vedrører i det væsentlige følgende: Fra hvilket stadium inden den egentlige tildeling skal de nationale instanser give adgang til at indgive klage som foreskrevet i direktiv 89/665. I det væsentlige drejer det sig om at fastlægge det tidspunkt, hvor en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt har nået den grad af konkretisering, der er nødvendig for denne retsbeskyttelse.

18. Der tages indledningsvis udgangspunkt i det princip, at begrebet »beslutninger« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, og begrebet »beslutninger« som handlinger, der kan gøres til genstand for klage, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, dvs. ordregiverens handlinger, der kan gøres til genstand for søgsmål, skal fortolkes udvidende ifølge Domstolens praksis.

19. Ifølge denne retspraksis indeholder artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 ingen »begrænsning vedrørende [beslutningers] art og indhold«⁸.

8 — Dom af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671, præmis 35, af 18.6.2002, sag C-92/00, FI, Sml. I, s. 5553, præmis 49, og af 19.6.2003, sag C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), Sml. I, s. 6351, præmis 52.

20. Endvidere er medlemsstaterne i henhold til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 forpligtet til at sikre, at der er adgang til de klageprocedurer, der er fastsat i dette direktiv, »i det mindste« for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået tilsidesættelse af fællesskabsretten om offentlige kontrakter eller af nationale bestemmelser, der gennemfører denne ret.

21. I denne sag rejser der sig det spørgsmål, om begrebet beslutning i vid forstand også omfatter beslutninger, som træffes »forud« eller i juridisk forstand inden indledningen af en udbudsprocedure. Der er derfor tale om beslutninger, som ligger mellem rene overvejelser og indledningen eller den manglende indledning af en udbudsprocedure.

22. På baggrund af formålet med direktiv 89/665, og nærmere bestemt sikringen af en effektiv retsbeskyttelse, som det også udtrykkeligt er fastsat i artikel 1, stk. 1, omfatter begrebet derfor også beslutninger, der træffes inden indledningen af en udbudsprocedure.

23. Hvad angår adgangen til at anvende klageproceduren på beslutningen om ikke at indlede en udbudsprocedure, er der i den forbindelse tale om en beslutning, der som modstykke er sammenlignelig med beslutningen om at afslutte en udbudsprocedure.

24. Ordregiverens beslutninger om at afslutte en udbudsprocedure er en af de handlinger, der kan gøres til genstand for klage. Dette har Domstolen også udtrykkeligt understreget for tilbagekaldelsen af en udbudsprocedure. Således ville den »fuldstændige opfyldelse af formålet med direktiv 89/665 [...] blive bragt i fare, hvis de ordregivende myndigheder havde mulighed for at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale uden at skulle følge de procedurer for en domstolskontrol, der skal sikre den faktiske overholdelse på alle punkter af de direktiver, som fastsætter materielle regler om offentlige kontrakter, og af de principper, som disse direktiver bygger på«⁹.

25. En beslutning om ikke at indlede en udbudsprocedure som omhandlet i udbudsdirektiverne ligger til forskel fra en tilbagekaldelse af en udbudsprocedure, der er indledt, i sagens natur ganske vist uden for en udbudsprocedure, men det udelukker på ingen måde, at direktiv 89/665 finder anvendelse.

26. Ifølge Domstolens praksis er det nemlig ikke alene efterprøvelse af tilsidesættelser inden for udbudsdirektivernes område, der omfattes af retsbeskyttelsen i henhold til direktiv 89/665. Således finder artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 anvendelse på alle »beslutninger, truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter«¹⁰, idet Domstolen ikke foretager en begrænsning til de bestemmelser, der fremgår af udbudsdirektiverne.

27. Medlemsstaterne er ikke forpligtet til uden videre at give enhver, som ønsker at få tildelt en bestemt offentlig kontrakt, adgang til en klageprocedure. Tværtimod har medlemsstaterne mulighed for yderligere at kræve, at den pågældende har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede tilsidesættelse¹¹. Deltagelsen i et udbud af en kontrakt kan derfor i princippet være en gyldig betingelse, der skal opfyldes for at godtgøre, at den pågældende person har interesse i at opnå den omhandlede kontrakt eller risikerer at lide skade som følge af den påståede ulovlige beslutning om at tildele den nævnte kontrakt.

10 — Således navnlig dom af 23.1.2003, sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki, Sml. I, s. 1091, præmis 68. Jf. endvidere dommen i sag C-92/00, nævnt i fodnote 8, præmis 37, og i sag C-315/01, nævnt i fodnote 8, præmis 52.

11 — Dom af 12.2.2004, sag C-230/02, Grossmann Air Service, Sml. I, s. 1829, præmis 25 I, og af 19.6.2003, sag C-249/01, Hackermüller, Sml. I, s. 6319, præmis 18.

9 — Dommen i sag C-92/00, nævnt i fodnote 8, præmis 53.

28. Domstolen har imidlertid allerede fastslået, at i den situation, hvor en virksomhed ikke har afgivet et bud som følge af, at der er specifikationer i udbudsmaterialet eller udbudsbetingelserne, som angiveligt er diskriminerende, og som netop har forhindret virksomheden i at kunne levere samtlige udbudte ydelser, vil den være berettiget til at klage direkte over de nævnte specifikationer, hvilket endog kan ske inden afslutningen af udbuddet af den pågældende offentlige kontrakt¹².

29. Ligesom det skal være muligt for en virksomhed at klage direkte over tilsidesættelser uden at afvente udbuddets afslutning¹³, skal det således også være muligt for en virksomhed at klage over visse udbudsrelevante beslutninger uden at afvente, at der indledes en udbudsprocedure. Det er nemlig netop typisk for de omhandlede tilfælde, at der ikke er gennemført en udbudsprocedure som omhandlet i udbudsdirektiverne. Det kan imidlertid ikke kræves af en virksomhed, at den afgiver et bud, hvis der slet ikke er blevet indledt udbudsprocedure.

30. For anvendelsen af kontroldirektiverne og dermed klageprocedurerne er det derfor ikke afgørende, at der blev gennemført en udbudsprocedure, der er fastsat i de materielle udbudsdirektiver. Kontroldirektivernes anvendelsesområde er nemlig ikke knyttet til den faktiske anvendelse af de materielle udbudsdirektiver, dvs. f.eks. direktiv 93/38, men til spørgsmålet, om et af disse direktiver kunne havde fundet eller finder anvendelse, dvs. f.eks. om den handling, der skal efterprøves, falder ind under et af disse direktiver.

31. Det følger af de ovenfor anførte betragtninger, at også visse handlinger, som foretages inden indledningen af en udbudsprocedure, er underkastet klageproceduren som omhandlet i direktiv 89/665. Der er imidlertid også grænser i denne henseende.

32. Imod det forhold, at alle ordregivernes handlinger skulle kunne gøres til genstand for klage, taler for det første den omstændighed, at de forskellige faser forud for indledningen af en udbudsprocedure ikke kun er forskellige fra medlemsstat til medlemsstat, men også afhænger af de konkrete anskaffelsesplaner.

33. Endvidere henvises til et af Domstolen opstillet kriterium for sikringen af retsbeskyttelse. I henhold hertil tager »direktiv 89/665 [...] sigte på, såvel på nationalt plan

12 — Dommen i sag C-230/02, nævnt i fodnote 11, præmis 28.

13 — Dommen i sag C-230/02, nævnt i fodnote 11, præmis 29 f.

som på fællesskabsplan, at styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af Fællesskabets direktiv vedrørende offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør¹⁴.

34. Det forhold, at det ikke er alle ordregiverens handlinger, der kan gøres til genstand for klage, bekræftes også i en anden af Domstolens domme, som drejede sig om nationale bestemmelser, der begrænsede klageadgangen til bestemte beslutninger truffet af ordregiverne. I denne dom lagde Domstolen vægt på, om der var sikret en passende retsbeskyttelse. I dommen fastslog Domstolen, at retsbeskyttelsen var passende, selv om der i henhold til national ret kun var mulighed for at anfægte proceduremæssige afgørelser, såfremt de direkte eller indirekte afgør sagens realitet, ikke kan appelleres, ikke giver mulighed for at forsvare sig eller forårsager uoprettelig skade på legitime rettigheder eller interesser¹⁵.

35. Hvis det således er tilladt, dvs. foreneligt med direktiv 89/665, også at undtage bestemte handlinger, som foretages efter indledningen af en udbudsprocedure, fra

adgangen til en klageprocedure, må det så meget mere være tilladt at undtage bestemte handlinger, som foretages inden indledningen af en udbudsprocedure.

36. Endelig bemærkes det, at udbudsdirektiverne er begrænset til at samordne, dvs. kun at harmonisere udbudsproceduren, og ikke regulerer faserne forud for en udbudsprocedure.

37. På baggrund af ovenstående kan det således fastslås, at direktiv 89/665 ikke sikrer en omfattende forebyggende retsbeskyttelse.

38. En afgørende faktor for at bestemme, om der er tale om handlinger, der kan påklages, udgøres af den materielle ret, dvs. om en virksomhed i henhold til udbudsdirektiverne har en bestemt ret til at foretage eller undlade at foretage en handling.

39. I princippet kan der således også være tale om en forbudsret. Denne kan f.eks. tage sigte på at forbyde et organ, som omfattes af et udbudsdirektiv, at indgå offentlige kontrakter, der omfattes af direktivernes

14 — Dommen i sag C-81/98, nævnt i fodnote 8, præmis 33, min fremhævelse; jf. dom af 11.8.1995, sag C-433/93, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2303, præmis 23.

15 — Dom af 15.5.2003, sag C-214/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4667, præmis 77 ff.

anvendelsesområde, uden at gennemføre en udbudsprocedure i henhold til disse. Dermed sikres der også i relation til retsbeskyttelsen en parallelitet til et forbud mod at tildele kontrakten.

43. Formålet med den foreliggende sag er derfor ikke at opstille generelle kriterier med henblik på at vurdere, om ordregiveres handlinger kan anfægtes, men derimod kun at opstille kriterier i relation til handlingerne i den konkrete hovedsag.

40. Et muligt kriterium ved fastlæggelsen af, hvilke handlinger — som er foretaget inden indledningen af en udbudsprocedure — der skal kunne gøres til genstand for klage, er således at se på den virkning, som disse handlinger har på den virksomhed, som anmoder om klageproceduren. Der er i den forbindelse derfor tale om en betingelse for at kunne indgive en klage (søgsmålskompetence).

44. I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at henvise til, at direktiv 89/665 hverken omfatter rent interne overvejelser, fastlæggelse af behov, udarbejdelse af udbudsbetingelser eller en ren markedssondering. Dermed er interne retlige overvejelser fra ordregiverens side med hensyn til, om en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt falder ind under udbudsdirektiverne eller ej, heller ikke omfattet.

41. I den foreliggende sag drejer det sig imidlertid udelukkende om betingelserne for, at en handling kan anfægtes.

45. Spørgsmålet om, hvorvidt det allerede er beslutningen om at optage forhandlinger med en anden virksomhed eller først de løbende kontraktforhandlinger, der kan kvalificeres som en handling, der kan gøres til genstand for klage, kan i denne forbindelse i øvrigt foreløbigt stå åbent. Der er i den henseende nemlig tale om hypotetiske spørgsmål, for så vidt som hovedsagens genstand og dermed også denne præjudicielle sag vedrører en anden situation, idet der allerede foreligger et udkast til kontrakt.

42. En yderligere begrænsning, som skal tages i betragtning i den foreliggende præjudicielle sag, følger af de procesretlige bestemmelser for denne form for sag ved Domstolen. I denne præjudicielle sag kan det således heller ikke være formålet at fastlægge en generel definition af handlinger, der kan anfægtes, men kun at give et for den nationale ret nyttigt svar, for at denne kan afgøre den verserende tvist.

46. I en sådan situation står ordregiveren over for at indgå en kontrakt. Dermed svarer et sådant tilfælde til en anden situation, der hyppigt forekommer i forbindelse med

offentlige kontrakter, nemlig fasen lige inden der gives tilslag. Tildelingen af kontrakten sker nemlig — alt efter national ret — enten inden, der indgås en kontrakt, eller samtidig med at der indgås kontrakt, der også anses for en accept af budet.

47. Det forhold, at der i et sådant tilfælde er indledt en udbudsprocedure, mens dette ikke er situationen i den foreliggende sag, må af hensyn til en effektiv retsbeskyttelse ikke gøre nogen forskel.

48. De tre første præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at medlemsstaterne under visse betingelser skal sikre, at der effektivt og hurtigst muligt også kan indgives klage over visse af ordregivernes beslutninger, som træffes uden for en udbudsprocedure; der kan også være tale om beslutninger, der vedrører det forudgående spørgsmål om, hvorvidt en bestemt offentlig kontrakt skal indgås uden gennemførelse af en udbudsprocedure.

VI — De præjudicielle spørgsmål vedrørende kvasi-in house-tildelingen (fjerde og femte præjudicielle spørgsmål)

49. Den anden gruppe præjudicielle spørgsmål vedrører betingelserne for såkaldte kvasi-in house-tildelinger. Som den østrigske regering med rette har understreget, er der i modsætning til såkaldte in house-tildelinger (egne ydelser) i denne forbindelse tale om tildelinger til et organ med status som juridisk person, der er adskilt fra ordregiveren. Har det organ, der leverer ydelserne, nemlig ikke status som juridisk person, vil der slet ikke kunne foreligge en kontrakt. Dermed ville der også mangle en betingelse for en kontrakt som omhandlet i udbudsdirektiverne.

50. I den foreliggende sag drejer det sig nærmere bestemt om fortolkningen af begrebet »aftale«, som udgør en af betingelserne for anvendelsen af udbudsdirektiverne. I den henseende tages udgangspunkt i Domstolens dom i Teckal-sagen, hvori Domstolen anså visse procedurer for indgåelse af en offentlig kontrakt for ikke at være omfattet af udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

51. I henhold til denne dom finder udbudsdirektiverne ikke anvendelse, »såfremt den lokale myndighed både underkaster den

pågældende person *en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene*, og den pågældende person udfører *hovedparten af sin virksomhed* sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af»¹⁶.

52. Ved således at opstille to betingelser for, at en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt ikke omfattes af udbudsdirektiverne, foretog Domstolen en teleologisk begrænsning af begrebet »aftale«.

53. Det bemærkes indledningsvis i den henseende, at Domstolen selv udtrykkeligt har omtalt det forhold, at udbudsdirektiverne ikke finder anvendelse, som en undtagelse. Dermed gælder det generelle princip om, at undtagelser skal fortolkes indskrænkende. I forbindelse med den undersøgelse af de to betingelser, der skal foretages nedenfor, tages der højde herfor som en generel retningslinje.

54. Det understreges endvidere, at tildelinger til organer, som selv er ordregivende myndigheder, f.eks. visse datterselskaber — bortset fra Teckal-undtagelsen og andre undtagelser, f.eks. artikel 6 i direktiv 92/50

— generelt falder ind under aftalebegrebet. Det er således fortsat reglen, at udbudsdirektiverne finder anvendelse¹⁷.

55. Endvidere henvises til kvasi-in house-aktiviteternes og dermed Teckal-undtagelsens oprindelse, nemlig den særlige behandling af interne aktiviteter, dvs. tildeling af in house-kontrakter, og situationer, der kan sidestilles hermed.

56. Endelig skal der i den foreliggende sammenhæng også tages hensyn til målene med udbudsdirektiverne, nemlig åbningen af markedet og sikringen af konkurrencen.

57. Dette er de elementer, som spiller en rolle i forbindelse med fortolkningen af Teckal-undtagelsen.

58. Generelt skal der sondres mellem følgende tre kvasi-in house-situationer: tildelinger til egne selskaber (selskaber, hvori ordregiveren eller organer, der kan henregnes til denne, har en andel på 100%), til

16 — Dommen i sag C-107/98, nævnt i fodnote 2, præmis 50, min fremhævelse.

17 — Dom af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Sml. I, s. 11037, præmis 40, og Teckal-dommen, nævnt i fodnote 2, præmis 50.

blandede offentlige selskaber (selskaber, som ejes af flere ordregivende myndigheder) og til blendede økonomiske selskaber (selskaber, som også rent private har kapitalandele i).

A — Første kriterium: kontrol svarende til den, der føres med myndighedens egne tjenestegrene

59. Hovedsagen vedrører den planlagte til- deling fra Stadt Halles side, dvs. en lokal myndighed, der uden tvivl skal betragtes som en ordregivende myndighed som omhandlet i udbudsdirektiverne, til et »datterdatterdatterselskab«. Stadt Halle ejer ganske vist 100% af kapitalandelene i sit »datterselskab«, og dette datterselskab ejer 100% af andelene i »datterdatterselskabet«, mens »datterdatter- selskabet« kun ejer 75,1% af kapitalandelene i »datterdatterdatterselskabet«. De resterende kapitalandele i »datterdatterdatterselskabet« ejes af en rent privat virksomhed.

60. I den foreliggende sag er der således tale om et såkaldt blandet økonomisk selskab, dvs. et selskab, hvori en ordregiver (indi- rekte) ejer majoriteten af kapitalandelene og en ikke-ordregiver resten.

61. Af processuelle grunde vil der nedenfor kun blive behandlet en situation som den i hovedsagen. Derimod tilkommer det fortsat den nationale ret, at anvende fortolkningen på de konkrete omstændigheder i hoved- sagen¹⁸.

62. Den første betingelse for at anvende undtagelsen og dermed for, at udbudsdirek- tiverne ikke finder anvendelse, vedrører karakteren af den ordregivende myndigheds kontrol med det organ, som tildelingen skal ske til. Domstolen kræver, at den ordre- givende myndighed udøver »en kontrol svarende til den, der føres med myndighe- dens egne tjenestegrene«.

63. Domstolen tager i den forbindelse såle- des udgangspunkt i et kriterium, som den udleder af den offentlige ret. Da kontrol- kriteriet imidlertid lige som begrebet aftale og ordregivende myndighed skal fortolkes formålsbestemt og ikke formelt, er dette ikke til hinder for, at det kan overføres til forholdet mellem en ordregivende myndig- hed og privatretlige juridiske personer, i dette tilfælde et selskab med begrænset ansvar. Henvisningen til en tjenestegren kan deri- mod forklares med det, der var det oprinde- lige formål med at oprette selvstændige organer, nemlig udskillelsen af tjenestegrene.

64. Til støtte for, at kriteriet kan overføres til andre situationer, taler endvidere den omstændighed, at det fremgår af Teckal-

¹⁸ — Jf. Domstolens kendelse af 14.11.2002, sag C-310/01, Comune di Udine m.fl., ikke trykt i Samling af Afgørelser.

dommen på processproget, der var italiensk, at Domstolen kun kræver en »kontrol, der svarer til« (»analogo«), dvs. en sammenlignelig, men ikke identisk kontrol¹⁹.

65. Vurderingen af en majoritetsdeltagers retsstilling skal således for det første ske på grundlag af de relevante bestemmelser i national ret, i den foreliggende sag følgelig efter de selskabsretlige bestemmelser vedrørende selskaber med begrænset ansvar. For det andet skal der tages hensyn til de bestemmelser, hvori forholdet udformes nærmere, dvs. som regel selskabsvedtægterne. Dette indebærer, at det ikke er tilstrækkeligt at foretage en ren abstrakt vurdering på grundlag af den selskabsform — f.eks. arten af juridisk person — der er valgt af det af kontrollen omfattede organ.

66. Dermed får de fastsatte nationale bestemmelser, hovedsagelig lovbestemmelser, kun en begrænset betydning. Dette gælder navnlig for de bestemmelser, som fastsætter minoritetsdeltagernes rettigheder og angiver betingelserne for deres udnyttelse. I det væsentlige er der tale om bestemmelser, som gør selskabsdeltagernes ret til kontrol og ret til at blokere afhængig af størrelsen af deres kapitalandel, f.eks. på 10%, 25% eller over 50%.

19 — Jf. derimod generaladvokat Léger, som i sit forslag til afgørelse af 15.6.2000, sag C-94/99, dom nævnt i fodnote 17, punkt 66, endog kræver, at den ordregivende myndighed, »der anmoder den pågældende erhvervsdrivende om at udføre forskellige tjenesteydelser, [...] netop [er] den myndighed, som udøver direkte kontrol med organet, og ikke en anden myndighed«.

67. Sådanne bestemmelser giver snarere en formodning for, hvilke rettigheder en minoritetsdeltager har. Af afgørende betydning er fortsat den nærmere udformning i det konkrete tilfælde. Som det vigtigste tilfælde kan i denne forbindelse nævnes en såkaldt ledelsesaftale (Beherrschungsvertrag), som giver en bestemt selskabsdeltager — uanset dennes kapitalandel — visse rettigheder, som går videre end det lovbestemte minimum.

68. Da det således ikke er den nationale lovgivning, men derimod den konkrete udformning i den pågældende situation, der er af betydning, kan omfanget af den ordregivende myndigheds eller omvendt den private minoritetsdeltagers deltagelse heller ikke alene være afgørende.

69. Heraf følger, at en fast procentsats er en hindring for en hensigtsmæssig løsning, for så vidt som den ikke giver mulighed for, at der tages højde for den konkrete udformning, og kategorisk udelukker, at kontrolkriteriet anvendes i de tilfælde, der ikke opfylder procentkriteriet.

70. Da også organer, som en privat minoritetsdeltager har kapitalandele i, imidlertid også kan opfylde kontrolkriteriet, kan det konkluderes, at Teckal-undtagelsen ikke kun gælder for egne selskaber, men også for

blandede økonomiske selskaber. Inddragelsen af private virksomheder har således principielt ikke en negativ indvirkning.

71. I denne henseende henvises til bemærkningerne fra generaladvokat Léger, som var af den opfattelse, at Teckal-undtagelsen endog fandt anvendelse allerede i forbindelse med en kapitalandel på 50,5%²⁰.

72. Med hensyn til det kontrolkriterium, som Domstolen har opstillet, kræves under alle omstændigheder mere end en bestemmende indflydelse i selskabsretlig betydning eller den indflydelse, som kræves, for at visse organer kan kvalificeres som ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1 i de forskellige udbudsdirektiver. Den bestemmende indflydelse som omhandlet i artikel 1, nr. 3, sammenholdt med artikel 13 i direktiv 93/38, er heller ikke tilstrækkelig. Der er i den forbindelse nemlig for det første tale om bestemmelser, der gælder for de såkaldte sektorer, og som ikke findes tilsvarende i det direktiv, der finder anvendelse i den foreliggende sag, og for det andet om en undtagelsesbestemmelse, som generelt skal fortolkes indskrænkende.

73. Hverken fællesskabslovgiveren eller Domstolen har i henholdsvis direktiverne og Teckal-sagen henvist til bestemmelserne i udbudsdirektiverne.

74. Det niveau for kontrollens intensitet, der kræves i den foreliggende sag, kan derfor ikke overtages fra bestemte bestemmelser i udbudsdirektiverne og overstiger på grund af undtagelseskarakteren kravene i de andre undtagelsesbestemmelser.

75. I en præjudiciel sag tilkommer det den nationale ret for det første at fortolke de nationale bestemmelser og for det andet at anvende disse og andre bestemmelser på de konkrete faktiske omstændigheder. Den forelæggende ret vil derfor skulle bestemme, hvilke rettigheder »modermodermoderselskabet«, dvs. Stadt Halle, har over for sit »datterdatterdatterselskab«, RPL.

76. Ved anvendelsen af kontrolkriteriet skal den nationale ret tage udgangspunkt i kompetencen til at foretage kontrol. Allerede af hensyn til retssikkerheden er det uden betydning, om og hvordan kontrollen rent faktisk udøves, eller om der foreligger en prognose for, hvordan majoritetsdeltageren vil udnytte sin andel, dvs. om den pågældende også vil træffe afgørelse imod minoritetsdeltageren. Under disse omstændigheder skal også betydningen af majoritetsdeltagerens eventuelle loyalitetsforpligtelser relativiseres, navnlig fordi der også skal tages hensyn til minoritetsdeltagerens loyalitetsforpligtelser, hvilket Stadt Halle har henvist til.

20 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger, sag C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Sml. I, s. 11037, punkt 60, nævnt i fodnote 19; dommen er nævnt i fodnote 17.

77. Hvad angår kontrollens genstand har Domstolen ikke begrænset Teckal-undtagelsen til kun at omfatte visse beslutninger, der træffes af det kontrollerede organ. Derfor er det ikke tilstrækkeligt med en kontrol, der kun omfatter beslutningerne om tildeling generelt eller for den sags skyld den konkrete beslutning om tildeling.

80. Dette kriterium kan anvendes generelt, for så vidt som for det første ikke kun direkte ejere, men som i dette tilfælde også »modermoderselskaber«, dvs. indirekte kapitalandele, kommer i betragtning, og for det andet også andre end lokale myndigheder er omfattet.

78. På grundlag af formuleringen af og formålet med kriteriet »kontrol svarende til den, der føres med myndighedens egne tjenestegrene«, kan det derimod kræves, at der findes en omfattende kontrolmulighed. Denne må under alle omstændigheder ikke kun være begrænset til strategiske markedsbeslutninger, men skal også omfatte de enkeltbeslutninger, som træffes af ledelsen. Der skal i denne præjudicielle sag ikke gås nærmere ind på yderligere enkeltheder, da det ikke er nødvendigt med henblik på afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

81. Det kriterium, der er opstillet i Teckaldommen, vedrører således en bestemt mindsteandel af den virksomhed, der som helhed udføres af det kontrollerede organ. Det drejer sig således om at bestemme omfanget af hele den virksomhed, der udføres, og omfanget af den virksomhed, der udøves sammen med ejeren i vid forstand.

B — Andet kriterium: Hovedparten af virksomheden udføres sammen med ejeren af andelene

79. Den anden betingelse, der skal være opfyldt, for at Teckal-undtagelsen kan anvendes, vedrører den virksomhed, som udøves af det kontrollerede organ. Efter ordlyden af den pågældende passage i dommen finder undtagelsen kun anvendelse, såfremt dette organ udfører »*hovedparten af sin virksomhed* sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af«.

82. Det bemærkes imidlertid i denne forbindelse, at den omstændighed, at begrebet ejer ikke skal fortolkes for indskrænkende, imidlertid ikke betyder, at der også skal tages hensyn til virksomhed for tredjemand, som ejeren imidlertid i modsat fald selv måtte udføre. Dette vedrører i praksis først og fremmest forsyningspligtigheder og i den forbindelse kommuner, som over for bestemte personer påtager sig en forpligtelse til at udføre bestemte ydelser. Dette generelle spørgsmål er ikke omfattet af denne præjudicielle sag, da den forelæggende ret ikke behøver et sådant svar med henblik på sagens afgørelse.

83. Det bemærkes endvidere, at det er den faktiske virksomhed, der er af betydning, og ikke den virksomhed, der er mulig i henhold til loven eller selskabsvedtægterne, eller for den sags skyld den virksomhed, som det kontrollerede organ er forpligtet til at udføre.

84. Det centrale spørgsmål er nu, hvor stor andelen mindst må være, for at Teckal-undtagelsen kan anvendes. I denne henseende er der givet udtryk for flere opfattelser, som rækker lige fra mere end 50% over »i nævneværdigt omfang«, »langt overvejende«, »næsten udelukkende« til »udelukkende«.

85. I den forbindelse findes der ikke kun en positiv opfattelse, der er baseret på omfanget af de ydelser, der udføres for ejeren, men også en negativ opfattelse. På grundlag af den negative tilgangsvinkel vil der skulle tages udgangspunkt i størrelsen af andelen af ydelser, der er udført for andre end ejeren. Sidstnævnte opfattelse findes ud over i denne sag også i generaladvokat Légers forslag til afgørelse, som flere parter har nævnt. Ifølge generaladvokaten finder direktivet anvendelse, »når organet udfører størstedelen af sin virksomhed *for andre* erhvervsdrivende eller andre myndigheder end dem, den ordregivende myndighed består af«²¹. I betragtning af den positive opfattelse, der blev valgt i forbindelse med Teckal-undtagelsen, skal den negative opfattelse imidlertid ikke behandles yderligere i den foreliggende sag.

86. I den citerede passage fra generaladvokat Légers forslag til afgørelse gives der imidlertid udtryk for et andet vigtigt aspekt, som skal tages i betragtning i forbindelse med fastlæggelsen af andelen.

87. Der rejser sig således det spørgsmål, om Teckal-undtagelsen kun tillader en kvantitativ opfattelse, eller om der derimod også skal tages kvalitative omstændigheder med i betragtning. For sidstnævnte taler ordlyden af og formålet med undtagelsen, som heller ikke indeholder nogen henvisning til, hvordan virksomheden skal vurderes. Heller ikke processprogets formulering af den pågældende passage i Teckal-dommen, dvs. den italienske version, udelukker en supplerende eller alternativ kvalitativ opfattelse (»la parte più importante della propria attività«).

88. I øvrigt indeholder Teckal-undtagelsen heller ingen henvisning til, hvilken metode der skal anvendes ved beregningen af andelen. Det er derfor ikke en selvfølge, at det kun er omsætningen, der skal tillægges betydning.

89. Den nationale ret skal således tage hensyn til kvantitative og kvalitative omstændigheder ved vurderingen af, om »hovedparten af virksomheden [udføres for den ordregivende myndighed]«. I øvrigt kunne det kontrollerede organs stilling på markedet også spille en rolle, dvs. navnlig den konkurrencemæssige situation over for eventuelle konkurrenter.

21 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i sag C-94/99, nævnt i fodnote 19, dom nævnt i fodnote 17, punkt 93, min fremhævelse.

90. Hvad angår generaladvokat Légers forslag til afgørelse, som flere parter har nævnt med hensyn til den anden Teckal-betingelse, bemærkes endvidere, at forslag til afgørelse er autentiske på det sprog, som generaladvokaten har valgt som originalsprog.

91. På grundlag af dette princip fremgår følgende af generaladvokat Légers forslag til afgørelse: For der første henviser han til »quasi-exclusivité« i forbindelse med de leverede ydelser; der på tysk er oversat med »sämtliche Dienstleistungen« (dansk version: »på det nærmeste har eneret«)²². For det andet læner han sig op ad affattelsen af Teckal-undtagelsen på processproget italiensk og taler om »en grande partie«, der på tysk er oversat med »im Wesentlichen« (dansk version: »for størstedelens vedkommende«)²³, eller om »la plus grande partie de leur activité«, i den tyske version »den größten Teil ihrer Tätigkeit« og i den danske version »størstedelen af deres virksomhed«²⁴.

92. Med henblik på en nærmere konkretisering har flere parter foreslået, at væsentlighedskriteriet fortolkes som en bestemmelse, der gælder ved tildeling af kontrakter til virksomheder, som er tilknyttet ordregiveren. Der er tale om 80%-kriteriet i artikel 13 i direktiv 93/38. Som begrundelse herfor blev det anført, at dette kriterium er »objektivt« eller »hensigtsmæssigt«.

22 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i sag C-94/99, nævnt i fodnote 19, dom nævnt i fodnote 17, punkt 74.

23 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i sag C-94/99, nævnt i fodnote 19, dom nævnt i fodnote 17, punkt 81.

24 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i sag C-94/99, nævnt i fodnote 19, dom nævnt i fodnote 17, punkt 83.

93. Det bemærkes i den henseende, at en anden fast procentsats også kunne være objektiv eller hensigtsmæssig. Men netop den manglende fleksibilitet i forbindelse med en fast procentsats kan også være en hindring for en hensigtsmæssig løsning. Endvidere giver det ikke mulighed for at tage hensyn til kvalitative elementer.

94. Imod det forhold, at 80%-kriteriet kan overføres, taler frem for alt, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse i et direktiv, som kun gælder for bestemte sektorer. Den vurdering, der er foretaget deri, er efter fællesskabslovgiverens ønske begrænset til det pågældende direktiv. Selv om det grundlæggende princip i givet fald i praksis også kunne finde anvendelse uden for disse sektorer, er det dog afgørende, at der ikke blev fastsat en sådan bestemmelse i det direktiv, der finder anvendelse i denne forbindelse.

95. Der er også en anden grund, der taler imod anvendelsen af artikel 13 i direktiv 93/38. Denne bestemmelses stk. 2 forpligter nemlig ordregiverne til efter anmodning fra Kommissionen at meddele denne visse oplysninger. Denne bestemmelse fungerer som procesretlig opvejning af undtagelsen i artikel 13. I forbindelse med Teckal-undtagelsen gik Domstolen imidlertid en anden vej. Den nøjedes med de to materielle betingelser, der er opstillet deri. Disse betingelser skal imidlertid fortolkes strengt, netop fordi der ikke foreligger en lignende procesretlig bestemmelse.

VII — Forslag til afgørelse

96. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

- »1) Artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665/EØF skal fortolkes således, at medlemsstaterne skal sikre, at der effektivt og hurtigst muligt kan indgives klage over visse af ordregivernes beslutninger, som træffes uden for en udbudsprocedure, men som ikke desto mindre vedrører en anskaffelsesforretning; der kan også være tale om beslutninger, der vedrører det forudgående spørgsmål om, hvorvidt en offentlig kontrakt indgås uden gennemførelse af en udbudsprocedure.

- 2) Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler skal fortolkes således, at den blotte omstændighed, at en privat virksomhed ejer andele i den ordregivende myndigheds kontraktpart, som den ordregivende myndighed direkte eller indirekte har kapitalandele i, ikke udelukker, at dette direktiv finder anvendelse.

- 3) Det afgørende for, om en kontraktpart, der til dels ejes af en privat virksomhed — herefter »halvoffentligt selskab« — kan henregnes til den offentlige forvaltning eller den ordregivende myndigheds forretningsområde, er den konkrete udformning af forholdet, idet deltagelsens omfang ikke er det eneste afgørende kriterium.

For at et halvoffentligt selskab kan henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde, er det ikke tilstrækkeligt,

- at den ordregivende myndighed øver »bestemmende« indflydelse på det halvoffentlige selskab som omhandlet i artikel 1, nr. 2, og artikel 13, stk. 1, i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, eller
 - at den ordregivende myndighed har en omfattende instruktionsbeføjelse alene med hensyn til beslutningerne om tildeling generelt eller de konkrete beslutninger om tildeling.
- 4) Henset til, at aktiviteten »i det væsentlige udføres for den ordregivende myndighed«, kan et halvoffentligt selskab, i modsætning til artikel 13 i direktiv 93/38/EØF, ikke anses for omfattet af den ordregivende myndigheds forretningsområde, selv om mindst 80% af den gennemsnitlige omsætning af tjenesteydelser, som den pågældende virksomhed har haft i Fællesskabet i løbet af de seneste tre år, hidrører fra levering af sådanne tjenesteydelser til den ordregivende myndighed eller til virksomheder, som er forbundet med eller henhører under denne eller — såfremt den blandede økonomiske virksomhed endnu ikke har bestået i tre år — ud fra en prognose må forventes at opfylde denne 80%-regel.

Den nationale ret skal med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et halvoffentligt selskab kan henregnes til den ordregivende myndigheds forretningsområde, derimod tage udgangspunkt i den faktiske virksomhed og i den forbindelse navnlig tage hensyn til kvantitative såvel som kvalitative omstændigheder.«