

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 12. april 2005<sup>1</sup>

**I — Indledende bemærkninger**

retsakter (herefter »direktiver«), som i mellemtiden er blevet erstattet af nye direktiver (såkaldt lovpakke):

1. Den foreliggende præjudicielle anmodning vedrører betydningen af den primære ret på området for offentlige kontrakter. Der er navnlig tale om spørgsmålet om, hvilke forpligtelser for de ordregivende myndigheder der følger af de grundlæggende friheder. Denne sag giver dermed samtidig mulighed for at konkretisere Domstolens praksis nærmere, navnlig *Telaustria* og *Telefonadress-dommen*<sup>2</sup>.

— Blandt de såkaldt klassiske direktiver Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler<sup>3</sup> (herefter »tjenesteydelsesdirektivet«) samt

**II — De relevante retsregler**

*A — Fællesskabsbestemmelser*

2. Fra den afledte fællesskabsret på området for offentlige kontrakter bør anføres følgende

— Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation<sup>4</sup> (herefter »forsyningsvirksomhedsdirektivet«).

<sup>1</sup> — Originalsprog: tysk.

<sup>2</sup> — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Sml. I, s. 10745.

<sup>3</sup> — EFT L 209, s. 1, senere ændret.

<sup>4</sup> — EFT L 199, s. 84, senere ændret.

B — *Nationale bestemmelser*

3. I henhold til artikel 22, stk. 3, i lov nr. 142 af 8. juni 1990 om lokalt selvstyre<sup>5</sup> kan kommuner og provinser drive lokal offentlig tjenesteydelsesvirksomhed, der henhører under deres kompetence, på én af de i bestemmelsens litra a)-e) omhandlede måder:

- a) Egenhændigt, når det på grund af tjenesteydelsens ringe omfang eller særlige beskaffenhed ikke er hensigtsmæssigt at oprette et organ eller en virksomhed.
- b) Ved koncession («concessione»), når dette er teknisk, økonomisk eller socialt hensigtsmæssigt.
- c) Gennem specialiserede virksomheder, herunder også ved præstering af flere tjenesteydelser af økonomisk og kommerciel interesse.
- d) Gennem organer, når der er tale om præstering af sociale ydelser, der ikke har erhvervs-mæssig karakter.

- e) Gennem aktie- eller anpartsselskaber, som i det væsentlige ejes af offentlige enheder, der er stiftet af den enhed, som varetager tjenesten, eller hvori enheden deltager.

**III — De faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

4. Consorzio Aziende Metano (herefter »Coname«) havde med Cingia de' Botti kommune fra den 1. januar 1999 til den 31. december 2000 indgået en »aftale om vedligeholdelse, drift og overvågning af metangasnettet«.

5. Ved skrivelse af 30. december 1999 meddelte Cingia de' Botti kommune Coname, at kommunalbestyrelsen ved beslutning af 21. december 1999 havde godkendt »aftalen med Padania Acque SpA om ledelse af driften og vedligeholdelsen af gasanlægget«. Ved samme beslutning godkendtes ligeledes udkastet til aftale mellem Padania Acque SpA (herefter »Padania«) og Cingia de' Botti kommune.

6. Padania er et i det væsentlige offentligt ejet selskab, som blev stiftet i forbindelse med omdannelsen af det tidligere Consorzio

<sup>5</sup> — GURI nr. 135 af 12.6.1990. Denne lov er omdannet til artikel 113 i lovbekendtgørelse nr. 267 af 18.8.2000. Denne bestemmelse er senere ændret ved artikel 35, stk. 1, i lov nr. 448 af 28.12.2001 (legge finanziaria (finanslov) for 2002).

per l'acqua potabile (konsortiet for drikkevand) i kommunerne i Cremona-provinsen, og hvori næsten alle provinsens kommuner deltager, herunder Cingia de' Botti kommune, som har 0,97% af kapitalen, og Cremona-provinsen.

selskabskapitalen ikke giver mulighed for at udøve nogen direkte kontrol med selskabets drift, og skal det således antages, at når deltagelsen udgør 0,97%, således som det er tilfældet i nærværende sag, er de betingelser, der karakteriserer varetagelse af »in house«-opgaver, ikke opfyldt?»

7. I lyset af selskabets sammensætning fik det overdraget de pågældende tjenesteydelser ved direkte tildeling i henhold til artikel 22, stk. 3, litra e), i lov nr. 142.

#### IV — Formaliteten

8. Coname anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Brescia og nedlagde navnlig påstand om annullation af kommunens beslutning. Den nationale ret har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

9. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse rejser en række spørgsmål med hensyn til formaliteten.

#### A — Artikel 81 EF

»Er artikel 43 EF, 49 EF og 81 EF, som henholdsvis forbyder hindringer for den frie etableringsret for borgere i en medlemsstat på en anden medlemsstats område, den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår borgere i medlemsstaterne og virksomheders adfærd, der har til følge at hindre, begrænse eller forstyrre konkurrencen inden for Den Europæiske Union, til hinder for bestemmelser, hvorefter offentlige kontrakter om varetagelse af gasforsyning tildeles direkte uden forudgående afholdelse af udbud til selskaber, hvori de lokale myndigheder er selskabsdeltagere, når myndighedernes deltagelse i

10. Der hersker tvivl om, hvorvidt det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling med hensyn til artikel 81 EF.

11. Som det fremgår af Domstolens faste praksis, skal den nationale ret angive de nøjagtige grunde til, at den har rejst spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten og har fundet det nødvendigt at forelægge

Domstolen præjudicielle spørgsmål<sup>6</sup>. Domstolen har således fundet, at det er nødvendigt, at den nationale ret i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for udvælgelsen af de fællesskabsbestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som efter rettens opfattelse består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i sagen<sup>7</sup>.

12. Derudover har Domstolen fastslået, at den ikke har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende præjudicielle spørgsmål, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand<sup>8</sup>.

13. Hvad angår de nævnte krav i Domstolens praksis med hensyn til, om præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, kan det fastslås, at bortset fra en gengivelse af ordlyden af artikel 81 EF er der i forelæggelseskendelsen med hensyn til denne bestemmelse kun henvist til, at fri konkurrence udgør et generelt fællesskabsretligt princip, og at et indgreb heri udgør et helt særligt undtagelsestilfælde, der kun er tilladt på visse betingelser.

14. Dermed opfylder forelæggelseskendelsen imidlertid ikke kravene i ovennævnte retspraksis med hensyn til begrundelsen for den ønskede fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse.

15. Endvidere kan præjudicielle spørgsmål ifølge fast retspraksis kun antages til realitetsbehandling, for så vidt som forelæggelseskendelsen indeholder tilstrækkelige oplysninger om de faktiske omstændigheder i hovedsagen<sup>9</sup>.

16. I den henseende skal der anvendes særligt strenge kriterier på konkurrenceområdet, som artikel 81 EF, der vedrører kartelforbuddet, også indgår i<sup>10</sup>.

17. Hvad angår artikel 81 EF opfylder forelæggelseskendelsen heller ikke kravene med hensyn til de faktiske omstændigheder. I forelæggelseskendelsen mangler der således navnlig oplysninger om de virksomheder, der deltager, og om den adfærd, som efter den forelæggende rets opfattelse er omfattet af artikel 81 EF.

6 — Kendelse af 12.3.2004, sag C-54/03, *Austroplant-Arzneimittel*, ikke trykt i *Samling af Afgørelser*, præmis 11, af 25.6.1996, sag C-101/96, *Italia Testa*, Sml. I, s. 3081, præmis 6, af 30.4.1998, forenede sager C-128/97 og C-137/97, *Testa og Modesti*, Sml. I, s. 2181, præmis 15, og af 8.7.1998, sag C-9/98, *Agostini*, Sml. I, s. 4261, præmis 6.

7 — *Austroplant-Arzneimittel*-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 11, og kendelse af 7.4.1995, sag C-167/94, *Grau Gomis m.fl.*, Sml. I, s. 1023, præmis 9, og af 28.6.2000, sag C-116/00, *Laguillaumie*, Sml. I, s. 4979, præmis 16.

8 — *Austroplant-Arzneimittel*-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 12, samt dom af 13.3.2001, sag C-379/98, *PreussenElektra*, Sml. I, s. 2099, præmis 39, og af 22.1.2002, sag C-390/99, *Canal Satellite Digital*, Sml. I, s. 607, præmis 19.

9 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, *Telemarsicabruzzo m.fl.*, Sml. I, s. 393, præmis 6, kendelse af 19.3.1993, sag C-157/92, *Banchero*, Sml. I, s. 1085, præmis 4, *Testa og Modesti*-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 5, *Agostini*-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 4, og *Austroplant-Arzneimittel*-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 10.

10 — Dom af 13.4.2000, sag C-176/96, *Lehtonen og Castors*, Sml. I, s. 2681, præmis 22, *Banchero*-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 5, *Laguillaumie*-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 19, og kendelse af 11.2.2004, forenede sager C-438/03, C-439/03, C-509/03 og C-2/04, *Cannito*, Sml. I, s. 1605, præmis 6.

18. Med hensyn til artikel 81 EF opfylder forelæggelseskendelsen derfor ikke betingelserne for, at det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

omhandlet i fællesskabsrettens bestemmelser om fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser. Denne konklusion nåede Domstolen frem til i R.I.SAN.-sagen<sup>11</sup>.

### B — De grundlæggende friheder

19. Det præjudicielle spørgsmål giver imidlertid også anledning til formalitetsproblemer med hensyn til de nævnte grundlæggende friheder (artikel 43 EF og 49 EF).

20. Domstolen har således fundet, at en anmodning om præjudiciel afgørelse fra den samme medlemsstat og ligeledes vedrørende offentlige kontrakter ikke kunne antages til realitetsbehandling, da den virksomhed, der havde anfægtet lovligheden af kommunens valg, var hjemmehørende i Italien og ikke var virksom på det italienske marked på grundlag af sin ret til fri etablering eller fri udveksling af tjenesteydelser. Domstolen konkluderede, at de faktiske omstændigheder således ikke rummede noget element med tilknytning til en af de situationer, der er omhandlet i fællesskabsrettens bestemmelser om fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser. De grundlæggende friheder finder imidlertid ikke anvendelse på en situation, hvis elementer alle hører hjemme i en enkelt stat, og som derfor ikke rummer noget element med tilknytning til en af de situationer, der er

21. Domstolen har dog også fastslået, at præjudicielle forelæggelser kan antages til realitetsbehandling, og besvaret dem med henvisninger til fortolkningen og anvendelsen af primærretlige bestemmelser, selv om der også her var tale om rent nationale omstændigheder<sup>12</sup>. Med hensyn til offentlige kontrakter skal i denne henseende nævnes *Telaustria* og *Telefonadress-sagen*<sup>13</sup>, hvor parterne i hovedsagen kom fra en og samme medlemsstat. Endvidere kan anføres *Buchhändler-Vereinigung-sagen*<sup>14</sup>, hvor de principper, der var udviklet i *Telaustria-sagen*, blev anvendt. Også i sidstnævnte sag var alle parter fra samme medlemsstat. Det samme gælder for *ARGE-sagen*, hvor Domstolen alligevel besvarede et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af en grundlæggende frihed<sup>15</sup>.

22. Der opstår derfor det spørgsmål, hvorfor Domstolen realitetsbehandlede disse tre forelæggelseskendelser vedrørende tildeling

11 — Dom af 9.9.1999, sag C-108/98, R.I.SAN., Sml. I, s. 5219, præmis 21 ff.

12 — Jf. tillige dom af 5.3.2002, forenede sager C-515/99, C-519/99 — C-524/99 og C-526/99 — C-540/99, Reisch m.fl., Sml. I, s. 2157, præmis 24 ff., som dog ikke vedrørte bestemmelserne om tildeling af offentlige kontrakter.

13 — *Telaustria* og *Telefonadress-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 2.

14 — Kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, Sml. I, s. 4685.

15 — Dom af 7.12.2000, sag C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Sml. I, s. 11037, navnlig vedrørende det tredje præjudicielle spørgsmål.

af offentlige kontrakter, selv om de faktiske omstændigheder heri lignede dem, der forelå i RLSAN.-sagen. En mulig grund kunne være, at de præjudicielle spørgsmål i Telaustria og Telefonadress-sagen og Buchhändler-Vereinigung-sagen selv udtrykkeligt vedrørte fortolkningen af direktiver. I modsætning hertil vedrører det præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag udtrykkeligt primærretten, navnlig to grundlæggende friheder.

23. Heraf kunne man så konkludere, at det for spørgsmålet, om et præjudicielt spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, er afgørende, hvad dette udtrykkeligt vedrører, dvs. om det vedrører primærret eller afledt ret<sup>16</sup>.

24. Der er to grunde, der taler for, at det præjudicielle spørgsmål også i den foreliggende sag skal antages til realitetsbehandling med hensyn til de pågældende grundlæggende friheder for det første en processuel og for det andet en materiel grund.

25. I processuel henseende skal jeg bemærke, at Domstolen i forbindelse med en præjudiciel anmodning skal give en besvarelse, der kan anvendes af den forelæggende ret. Det er derfor nødvendigt for Domstolen i visse tilfælde endog at omformulere de præjudicielle spørgsmål. Dette er

imidlertid ikke muligt i den foreliggende sag, da spørgsmålet udtrykkeligt vedrører fortolkningen af primærretten og ikke af direktiverne, hvilket den nationale ret har bekræftet i et svar på et spørgsmål herom fra Domstolen.

26. Spørgsmålet, om der i den forbindelse i hovedsagen er tale om en koncession eller om en kontrakt som omhandlet i fællesskabsretten, kan i sidste instans stå åbent. For Domstolen er det nemlig tilstrækkeligt, at de præjudicielle spørgsmål gør, at den kan »tage hensyn til andre fortolkningselementer, der kan være nyttige for løsningen af tvisten i hovedsagen«<sup>17</sup>. Om de også faktisk anvendes på de konkrete omstændigheder i hovedsagen eller ej, udgør for så vidt således intet kriterium.

27. I materiel henseende skal jeg advare mod en dogmatisering af den fremgangsmåde, der er valgt i RLSAN.-sagen. Netop i forbindelse med bestemmelserne vedrørende tildeling af offentlige kontrakter, som tager sigte på at åbne de nationale markeder, må det nemlig ikke være afgørende, om alle parter i en konkret udbudsprocedure og/eller i den efterfølgende nationale klageprocedure kommer fra den samme medlemsstat som den ordregivende myndighed<sup>18</sup>. Dette kunne man nemlig også udlægge som indicium for, at den nødvendige offentliggørelse af udbudsproceduren netop ikke havde fundet

16 — Jf. derimod dom af 5.12.2000, sag C-448/98, Guimont, Sml. I, s. 10663. I denne sag vedrørte det præjudicielle spørgsmål udtrykkeligt fortolkningen af primærret.

17 — Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 59; min fremhævelse.

18 — Jf. f.eks. også situationen i ARGE-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15.

sted, og at ingen udenlandsk erhvervsdrivende derfor har kunnet deltage. Dette gælder ikke kun for udbudsdirektiverne, men også for de berørte grundlæggende friheder. Det er således ikke kun de virksomheder, der faktisk deltager i en udbudsprocedure, der skal beskyttes, men også de potentielle bydende. Allerede det forhold, at virksomheder fra andre medlemsstater potentielt kan berøres, er derfor tilstrækkeligt til, at der foreligger en grænseoverskridende situation, og at en betingelse for at anvende de grundlæggende friheder dermed er opfyldt.

28. Disse grunde taler for, at det præjudicielle spørgsmål antages til realitetsbehandling, for så vidt som det vedrører de grundlæggende friheder i artikel 43 EF og 49 EF.

## V — Realiteten

29. I det omfang, det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, vedrører det i det væsentlige rækkevidden af artikel 43 EF og 49 EF med hensyn til de krav eller forbud, der kan udledes heraf med hensyn til udbudsprocedurer.

30. Det vedrører dermed en væsentlig del af de principper, som Domstolen har betegnet som »traktatens grundlæggende regler i

almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed»<sup>19</sup>.

## A — Indledende bemærkninger vedrørende de bestemmelser, der finder anvendelse

31. Selv om det præjudicielle spørgsmål udtrykkeligt vedrører fortolkningen af visse primærretlige bestemmelser, medfører dette imidlertid ikke i sig selv, at disse bestemmelser også finder anvendelse.

32. Spørgsmålet, om bestemmelserne finder anvendelse, afhænger derimod af, om den konkrete tildelingsprocedure i hovedsagen opfylder de forskellige betingelser for anvendelsen af disse primærretlige bestemmelser.

33. Det er i den henseende ikke afgørende, at den nationale ret har betegnet tildelingsproceduren som »concessione«, da denne betegnelse også kunne henvise til national ret, som kender dette begreb. Det nationale begreb behøver imidlertid ikke nødvendigvis være i overensstemmelse med det fællesskabsretlige begreb. Selv hvis den nationale

<sup>19</sup> — Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 60; bekræftet med en anden formulering i kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, Vestergaard, Sml. I, s. 9505, præmis 20.

ret måtte have ment det fællesskabsretlige koncessionsbegreb, betyder dette imidlertid ikke, at denne kvalificering også er relevant i hovedsagen.

34. Selv hvis betingelserne for at anvende den afledte ret var opfyldt, er der fortsat endnu en uklarhed, nemlig med hensyn til, hvilket direktiv de konkrete faktiske omstændigheder er omfattet af. I denne henseende skal det nemlig bemærkes, at Domstolen ikke er bekendt med alle relevante dele af de konkrete faktiske omstændigheder.

35. Da kommuner som lokale myndigheder er ordregivende myndigheder som omhandlet i såvel de klassiske udbudsdirektiver som i forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal formålet med tildelingen derfor fastslås. Dette formål afgør, hvilket direktiv der finder anvendelse<sup>20</sup>.

36. Selv hvis det måtte blive fastslået, at forsyningsvirksomhedsdirektivet — et specielt direktiv i forhold til de andre direktiver — ikke finder anvendelse, er det imidlertid fortsat uklart, hvilket af de klassiske udbudsdirektiver tildelingen er omfattet af. Det afgørende i denne henseende er udbuddets genstand, dvs. om det vedrører levering af varer, f.eks. levering af energi, eller udførelse af tjenesteydelser, f.eks. forsyningspligtindel-

ser. Vedrører udbuddet en blandet kontrakt, dvs. hvis det omfatter både varer og tjenesteydelser, er det i henhold til tjenesteydelsesdirektivets artikel 2 værdien af de enkelte dele af kontrakten, der er afgørende.

37. Selv om det ikke kan udledes af sagens akter, at der i hovedsagen er tale om en sådan blandet kontrakt, synes dette på baggrund af praksis i den pågældende medlemsstat imidlertid ikke at være udelukket, hvilket også fremgår af en præjudiciel anmodning, som Domstolen allerede har taget stilling til<sup>21</sup>.

38. Som det allerede var tilfældet i RLSAN-sagen, kan Domstolen ikke efterprøve rigtigheden af den forelæggende rets oplysninger, hvorefter tvisten i hovedsagen ikke drejer sig om indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale<sup>22</sup>.

39. Selv hvis en konkret tildeling i princippet opfylder alle betingelser for, at et af direktiverne finder anvendelse, kan den konkrete tildelingsprocedure imidlertid alligevel være undtaget fra det pågældende direktiv. I den foreliggende sag kunne foruden en af de udtrykkelige undtagelser i direktiverne, f.eks.

20 — Jf. i denne henseende dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, samt af 18.11.2004, sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11195.

21 — Kendelse af 14.11.2002, sag C-310/01, Comune di Udine, ikke trykt i Samling af Afgørelser.

22 — RLSAN.-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 20.



i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 13, også en af de af Domstolen udviklede, uskrevne undtagelser finde anvendelse, såsom den i Stadt Halle-dommen<sup>23</sup> fortolkede Teckal-undtagelse<sup>24</sup> med hensyn til såkaldte kvasi-in house-tildelinger. Hvis dette er tilfældet, ville primærret igen finde anvendelse.

der der kan udledes af de grundlæggende friheder i artikel 43 EF og 49 EF, vedrører det principielle spørgsmål, om de grundlæggende friheder ikke kun fastsætter forbud i form af begrænsninger for medlemsstaternes handlen, men også indeholder positive forpligtelser, og i givet fald hvilke.

40. Dette kunne også være en grund til, at den nationale ret har begrænset det præjudicielle spørgsmål til en fortolkning af primærret.

41. Skulle ingen af direktiverne faktisk finde anvendelse, kunne de grundlæggende friheder, hvorefter medlemsstaterne navnlig er forpligtet til at overholde princippet om ligebehandling og om gennemsigtighed over for de erhvervsdrivende fra andre medlemsstater, have betydning for afgørelsen af den foreliggende sag.

43. En række af de forbud, der kan udledes af de grundlæggende friheder, kan let kvalificeres som begrænsninger, og de har i øvrigt også været genstand for utallige sager ved Domstolen. På området for offentlige kontrakter kan eksempelvis blot nævnes det forbud, der kan udledes af princippet om de frie varebevægelser, dvs. forbuddet mod, at »en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt ind sætter en bestemmelse, hvorefter der til opfyldelsen af den pågældende kontrakt skal anvendes et bestemt fabrikat, uden at der tilføjes bemærkningen »eller dermed ligestillet«<sup>25</sup>.

## B — Grundlæggende friheder og positive forpligtelser

42. Denne sag, der drejer sig om, hvilke forpligtelser for de ordregivende myndighe-

44. Situationen i den pågældende sag og Domstolens behandling heraf viser imidlertid meget klart, at et forbud mod at undlade at gøre noget, nemlig at undlade at tilføje en bestemt bemærkning, også kan opfattes som et krav om at gøre noget, nemlig at tilføje en bestemt bemærkning.

23 — Dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle, Sml. I, s. 1.

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

25 — Vestergaard-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 24.

45. Overført på situationen i hovedsagen, som danner grundlag for denne præjudicielle sag, betyder det, at denne kan opfattes på mindst to måder. For det første kunne man undersøge, om de grundlæggende friheder — udlagt som begrænsninger — indeholder et forbud mod underhåndsaftale eller direkte tildeling. For det andet kunne man undersøge, om der på grundlag af disse friheder kræves en vis grad af offentlighed eller en bestemt form for offentliggørelse. Alt efter, om der tages udgangspunkt i en undladelse af at gøre noget eller en aktiv handling, når man derfor frem til en positiv forpligtelse eller ikke.

46. Der er imidlertid også en anden grund til, at det med henblik på at besvare det præjudicielle spørgsmål er ubetinget nødvendigt i den foreliggende situation at behandle problematikken med positive forpligtelser.

47. Den foreliggende sag kan nemlig også betragtes på grundlag af det såkaldte afværgeretts synspunkt. Den ordregivende myndigheds eller koncessionsgiverens adfærd kan således også betragtes som et indgreb i en tredjemands ret, dvs. som et indgreb i virksomheders ret til at deltage i en udbudsprocedure eller i at afgive et bud. Medlemsstaterne, herunder den ordregivende myndighed og koncessionsgiveren, skal sørge for, at denne ret, der følger af fællesskabsretten, overholdes.

48. For fuldstændighedens skyld bemærkes endeligt, at man også kunne analysere den

foreliggende situation ud fra, om den udløser en beskyttelsesforpligtelse eller en garantiforpligtelse for den pågældende lokale myndighed. Det er under alle omstændigheder uomtvistet, at en medlemsstat — og den kommune, der er part i denne sag, må også betragtes som en sådan — er forpligtet til at sikre de grundlæggende friheder for, i dette tilfælde, virksomhederne, dvs. de potentielle bydende.

49. Domstolens praksis vedrørende gensidig anerkendelse udgør et væsentligt udgangspunkt for besvarelsen af spørgsmålet, om de grundlæggende friheder overhovedet indeholder *positive forpligtelser*, og hvilket indhold disse i givet fald har.

50. Af denne retspraksis kan endog udledes, at medlemsstaterne er forpligtet til at fastsætte og også anvende en bestemt fremgangsmåde. Kravet om aktiv handling er rettet til såvel lovgiver som myndighederne og domstolene. De krav, der følger af de grundlæggende friheder, vedrører navnlig indholdet af fremgangsmåden, f.eks. kravet om, at der skal foretages en bestemt undersøgelse. I proceduremæssig henseende specificeres denne undersøgelse yderligere af, at målet med den og den metode, der skal anvendes — nemlig en sammenligning af bestemte dokumenter — er foreskrevet.

Derudover skal afgørelserne begrundes og kunne indbringes for domstolene<sup>26</sup>.

medlemsstaterne, herunder kommunerne, også handle i overensstemmelse hermed med hensyn til kontrakter eller koncessioner, f.eks. overholde visse frister eller foretage visse offentliggørelser.

51. Disse krav kan også overføres til bestemmelserne vedrørende tildeling af offentlige kontrakter, for så vidt som det også i denne forbindelse drejer sig om at overholde visse proceduremæssige principper. Det kan således udledes af den hidtidige retspraksis vedrørende gensidig anerkendelse, at de grundlæggende friheder bestemt også pålægger medlemsstaterne visse proceduremæssige forpligtelser.

52. En anden primærretlig retskilde — hvoraf der kan udledes procedureregler, er artikel 10 EF. Dennes stk. 1 indeholder entydigt et krav om handlen rettet til medlemsstaterne (»Medlemsstaterne træffer alle [...] foranstaltninger [...]«). Af denne almindelige og meget principielle bestemmelse kan i det mindste udledes det krav, at fremgangsmåder og dermed også udbudsprocedurer skal udformes således, at medlemsstaterne opfylder deres materielle fællesskabsretlige forpligtelser.

53. I det omfang, hvori der af fællesskabsretten, dvs. i denne sag de grundlæggende friheder, kan udledes visse forpligtelser, skal

54. I forbindelse med artikel 10 EF står endvidere det fællesskabsretlige ækvivalens- og effektivitetsprincip, der er udviklet på grundlag heraf, og som sætter visse grænser for medlemsstaternes procesretlige regler, herunder reglerne for udbudsprocedurer. Disse bestemmelser vedrører ikke kun retsbeskyttelsen, men allerede fasen forinden, dvs. gennemførelsen af udbudsproceduren. I den forbindelse skal imidlertid hvert tilfælde »bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn«<sup>27</sup>.

55. Disse primærretlige krav, som supplerer medlemsstaternes forpligtelser på grundlag af de grundlæggende friheder, er netop af stor betydning uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

56. Endelig skal jeg henvise til de almindelige retsprincipper, hvoraf der ligeledes kan udledes krav med hensyn til de nationale

26 — Dom af 7.5.1991, sag C-340/89, Vlassopoulou, Sml. I, s. 2357, præmis 16 ff.

27 — Dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 56, og af 10.4.2003, sag C-276/01, Steffensen, Sml. I, s. 3735, præmis 66.

procesretlige regler, og som også kan spille en rolle i udbudsproceduren. Dette gælder navnlig for det almindelige lighedsprincip (princip om ligebehandling), som går videre end forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

friheder ikke finder anvendelse. Der er i denne henseende ikke kun tale om de hensyn, der udtrykkeligt er fastsat i traktaten, f.eks. hensynet til den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed<sup>28</sup>, men også hensynet til almenhedens interesse som omhandlet i *Cassis de Dijon*-dommen.

*C — Forpligtelser på grundlag af de grundlæggende friheder på området for offentlige kontrakter*

59. Kommissionen har også i en af sine meddelelser<sup>29</sup> anerkendt, at sådanne hensyn principielt finder anvendelse i forbindelse med koncessioner. De betingelser, der herved skal være opfyldt, hvilket jeg ikke skal redegøre nærmere for i denne forbindelse, f.eks. kravet om, at en national foranstaltning skal stå i rimeligt forhold til formålet, skal selvfølgelig også opfyldes på området for offentlige kontrakter.

1) Begrænset anvendelsesområde for de grundlæggende friheder

57. Selv hvis det anerkendes, at de grundlæggende friheder principielt finder anvendelse på ordregivende myndigheder og koncessionsgivere, betyder dette på ingen måde, at enhver tildelingsprocedure dermed er omfattet af de grundlæggende friheder.

60. Foruden disse hensyn, der er baseret på de grundlæggende friheder, er der også de undtagelser, der udtrykkeligt er fastsat i traktaten. Disse kan ligeledes finde anvendelse på tildelingen af koncessioner med det resultat, at koncessionsgiveren ikke er bundet af de krav, der følger af de grundlæggende friheder.

61. Af relevans i denne henseende er navnlig bestemmelserne vedrørende forskellige aspekter af den indre eller ydre sikkerhed, som der også blev henvist til under rets-

58. Det er således ikke udelukket, at en ordregivende myndighed eller koncessionsgiver med rette påberåber sig et af de talrige hensyn, som begrunder, at de grundlæggende

28 — Med hensyn til etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser er det artikel 45 EF og artikel 55 EF.

29 — Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen (EFT 2000 C 121, nr. 3.1).

mødet. I henhold til artikel 296, stk. 1, litra b), EF kan medlemsstaterne således træffe de foranstaltninger, som de anser for nødvendige til beskyttelse af deres væsentlige sikkerhedsinteresser. På området for offentlige kontrakter vedrører dette indkøb af visse former for forsvarsmateriel. Selv om denne sektor ikke ubetinget egner sig til koncessioner, er dette imidlertid ikke udelukket på grundlag af fællesskabsretten.

fastsat omfang. Adressaterne for denne bestemmelse er — til forskel fra artikel 10 EF, som finder anvendelse på medlemsstaterne — imidlertid kun virksomheder, og i denne henseende kun virksomheder, som har fået overdraget at udføre visse tjenesteydelser, eller som er fiskale monopoler. Derfor finder bestemmelsen kun anvendelse på koncessionsgivere, der kan betragtes som sådanne virksomheder.

62. Artikel 297 EF bemyndiger medlemsstaterne til at træffe bestemte foranstaltninger i tilfælde af visse krisesituationer. Denne bestemmelse finder i princippet ligeledes anvendelse på offentlige indkøb.

63. Som det navnlig fremgår af artikel 298 EF, er medlemsstaternes beføjelser ved anvendelsen af de to ovennævnte bestemmelser i traktaten imidlertid ikke ubegrænsede og er undergivet kontrol fra navnlig Kommissionens og Domstolens side.

64. Endelig skal jeg henvise til endnu en primærretlig bestemmelse, som ganske vist ikke er specifikt tilpasset de grundlæggende friheder, men alligevel kan fungere som en undtagelse herfra. Artikel 86, stk. 2, EF bestemmer således, at »denne traktats bestemmelser«, dvs. også de grundlæggende friheder, gælder, »i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem«. Hertil kommer som yderligere betingelse, at udviklingen af samhandelen ikke må påvirkes i et nærmere

65. Med hensyn til den foreliggende præjudicielle anmodning skal det derfor efterprøves, om koncessionsgiveren er omfattet af en af de undtagne kategorier af virksomheder, og om den måde, hvorpå tildelingen foregik, var nødvendig, for at koncessionsgiveren kunne udføre sin opgave af almen interesse på økonomisk acceptable vilkår<sup>30</sup>. Den pågældende medlemsstat kan imidlertid også eventuelt påberåbe sig artikel 86 EF som grundlag for tildelingen af rettigheder til en virksomhed<sup>31</sup>.

66. Afslutningsvis vil jeg behandle den retspraksis i Teckal-sagen<sup>32</sup> og Stadt Halle-sagen<sup>33</sup>, der har været nævnt i denne sag, samt undtagelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 13 vedrørende visse tildelinger af kontrakter til tilknyttede virksomheder.

30 — Dom af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 16, og af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 57.

31 — Dom af 23.10.1997, sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5699, præmis 32.

32 — Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24.

33 — Stadt Halle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23.

67. Denne retspraksis og den nævnte bestemmelse tillader på helt bestemte betingelser, at de klassiske udbudsdirektiver og forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke anvendes. Tildelinger, der er omfattet af en af disse undtagelser, er således ikke undergivet udbudsbestemmelserne i den afledte ret. Dermed finder primærretten, herunder de i denne sag omhandlede grundlæggende friheder, imidlertid automatisk anvendelse.

68. Hverken den nævnte retspraksis eller de udtrykkelige bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet medfører, at primærretten ikke finder anvendelse. En så vidtgående undtagelse fra fællesskabsretten er nemlig hverken hjemlet i primærretten eller i retspraksis. Hvis primærretten således finder anvendelse på tildelingen i hovedsagen, opstår der ikke længere spørgsmål om betydningen af den nævnte retspraksis eller bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, da der i den henseende er tale om undtagelser fra anvendelsen af den afledte ret.

2) Graduering inden for primærretten eller ensartet regelsæt for tildeling af offentlige kontrakter?

69. Selv hvis det er fastslået, at primærretten, f.eks. de grundlæggende friheder, finder anvendelse på en konkret tildeling,

skal det derefter afklares, hvilke konkrete forpligtelser den ordregivende myndighed eller koncessionsgiveren har. Der drejer sig således om at fastsætte det regelsæt for tildeling af offentlige kontrakter, som eventuelt kan udledes af de grundlæggende friheder.

70. I den henseende opstår der indledningsvis det spørgsmål, om de grundlæggende friheder overhovedet fastsætter et regelsæt og måske endog et ensartet regelsæt, dvs. om der gælder de samme regler for alle de tildelinger, der er omfattet heraf. På et højt abstraktionsniveau kan dette ganske vist være tilfældet. De ordregivende myndigheder og koncessionsgivere, der henhører under medlemsstaterne, skal således overholde f.eks. forbuddet mod forskelsbehandling og visse begrænsninger for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

71. Allerede den omstændighed, at der af de grundlæggende friheder ikke kan udledes blot tilnærmelsesvis så konkrete bestemmelser som af direktiverne, taler imidlertid imod, at de samme procedurebestemmelser, f.eks. med hensyn til offentliggørelsens art og indhold, skulle gælde for alle tildelinger.

72. Af hensyn til den retlige klarhed og retssikkerheden ville det ganske vist være af interesse for såvel de ordregivende myndigheder og koncessionsgiverne som for virksomhederne som potentielle bydende, hvis der fandtes et primærretligt regelsæt for tildeling af offentlige kontrakter eller i de mindste nogle få sådanne regler. I så fald

kunne man f.eks. undgå de problemer, der undertiden optræder i praksis som følge af, at det i forbindelse med en procedure vedrørende tildeling af en koncession først er under forhandlingerne, at den pågældende tildeling bliver en offentlig kontrakt<sup>34</sup>.

i henhold til Teckal-dommen og Stadt Halle-dommen samt i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 13, således at tildelinger, der er omfattet heraf, undergives et lempeligt regelsæt. Imod en analog anvendelse af disse undtagelser som afgrænsningskriterium taler imidlertid, at der netop ikke findes et ensartet primærretligt regelsæt for tildeling af offentlige kontrakter, som kunne fraviges.

73. På den anden side er det i forbindelse med tildelinger imidlertid en fordel, hvis parterne har et vist spillerum til rådighed. Direktiverne indeholder således allerede en række muligheder i denne henseende. Noget lignende må i særlig grad gælde inden for primærrettens anvendelsesområde.

76. Det ville derfor være logisk at anvende kriterier, som også er foreskrevet i direktiverne, til at fastlægge kategorier af tildelinger.

74. Problemet består nu i at fastlægge forskellige kategorier af tildelinger, for hvilke der hver især gælder et bestemt regelsæt. Hverken af traktatens ordlyd eller af retspraksis vedrørende de grundlæggende friheder, navnlig ikke retspraksis på området for offentlige kontrakter, kan der imidlertid udledes kriterier for afgrænsningen mellem forskellige grupper (kategorier) af tildelinger. Det følger imidlertid allerede af proportionalitetsprincippet, at en graduering er nødvendig.

77. Et væsentligt aspekt udgør i den henseende den skønnede værdi af kontrakten<sup>35</sup>. Hertil kommer kontraktens genstand, dvs. om der er tale om tjenesteydelser, leverancer eller om bygge- og anlægsarbejder. Inden for tjenesteydelserne kunne man foretage en differentiering efter det nærmere indhold, igen som i direktiverne, der sondrer mellem undtagne, ikke-prioriterede og prioriterede tjenesteydelser. Endvidere skal der tages hensyn til, hvor kompleks tildelingen er, dvs. om der er tale om standardiserede varer eller komplekse infrastrukturprojekter, hvis tekniske, retlige eller økonomiske betingelser slet ikke kan angives ved begyndelsen af udbudsproceduren.

75. Man kunne ganske vist forestille sig også i denne forbindelse at anvende undtagelserne

34 — Grøn bog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner, KOM (2004) 327 endelig udg., punkt 34 ff.

35 — Fællesskabslovgiver var således af den opfattelse, at de fremgangsmåder, der er fastsat i direktiverne, ikke er egnede i forbindelse med kontrakter af mindre værdi (Vestergaard-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 19).

78. Denne kategorisering, der findes i direktiverne, er baseret på den på udbudsområdet generelt gældende tankegang, at visse tildelinger er mere relevante for det indre marked end andre, dvs. er af interesse for en større kreds af erhvervsdrivende, herunder også virksomheder fra andre medlemsstater. Dette aspekt burde netop være af betydning for anvendelsen af de grundlæggende friheder, eftersom disse jo forudsætter et grænseoverskridende element.

79. Med henblik på at afgrænse kategorierne fra hinanden, således at en bestemt tildeling henføres til en bestemt kategori og dermed også til et bestemt regelsæt, kunne der, ligesom i direktiverne, også tages hensyn til visse omstændigheder, f.eks. om der er tale om enerettigheder eller uopsættelighed. Visse tildelinger, som er omfattet af anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder, kunne på denne måde endog blive fuldstændigt fritaget for forpligtelsen til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse.

80. En ordning, som omfatter alle tildelinger — og består af flere kategorier, for hvilke der for hver enkelt findes et bestemt regelsæt — vil imidlertid i yderste konsekvens resultere i et gradueret, primærretligt regelsæt for tildeling af offentlige kontrakter, der er udført efter bestemmelserne i direktiverne, eller rettere sagt flere regelsæt. Det gennemsigthedsprincip, der er rejst spørgsmål om i denne præjudicielle sag, udgør imidlertid kun ét blandt flere områder, der er reguleret.

81. Endelig skal jeg henvise til effektivitetsprincippet, som også finder anvendelse på udbudsprocedurer. I henhold hertil skal der tages hensyn til den samlede konkrete procedure, procedurens forløb og dens særlige kendetegn<sup>36</sup>.

### 3) Primærretlige krav

82. Som udgangspunkt kan det fastslås, at man inden for primærrettens anvendelsesområde under ingen omstændigheder kan anvende det samme regelsæt for tildeling af offentlige kontrakter som inden for direktivernes anvendelsesområde. Der er frem for alt to grunde, der taler imod en så omfattende overførelse.

83. For det første ville det regelsæt, der kun er fastsat for de af direktiverne omfattede kontrakter, dermed være gældende — uden gennemførelse af den lovgivningsprocedure, der er fastsat i primærretten — selv uden for direktivernes anvendelsesområde. Dette ville være en omgåelse af Fællesskabets lovgivningsprocedure. For det andet ville de direktiver, som fastsætter bestemmelser netop for visse kontrakter, selv blive omgået.

<sup>36</sup> — Steffensen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 66, og — specielt med hensyn til offentlige kontrakter — Santex-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 56.



84. Indledningsvis skal jeg imidlertid bemærke, at de krav, der kan udledes af de grundlæggende friheder, principielt gælder for alle aspekter af kontrakten, dvs. for det første for det materielle aspekt, såsom beskrivelsen af ydelsens genstand (f.eks. ved hjælp af tekniske specifikationer eller en koncessions løbetid) eller kriterierne for egnethed (frem for alt kvalifikationer) og for tilslaget på kontrakten, idet der i denne henseende navnlig skal tages hensyn til princippet om gensidig anerkendelse. For det andet gælder disse krav også for det proceduremæssige aspekt, dvs. for proceduren i snæver forstand, såsom valget af procedureform — som også omfatter offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse — og fristerne (f.eks. for indgivelsen af anmodningen om deltagelse eller af budet).

begyndelsen af udbudsproceduren, skal overholdes og anvendes uden forskel på alle ansøgere.

87. Da denne præjudicielle sag imidlertid alene vedrører spørgsmålet om den fornødne gennemsigtighed, er nedenstående bemærkninger begrænset til dette aspekt.

#### a) Gennemsigtighed

85. Foruden det i sagen omhandlede gennemsigtighedsprincip kan også nævnes det dermed forbundne ligebehandlingsprincip<sup>37</sup>, konkurrenceprincippet og proportionalitetsprincippet, der alle også ville finde anvendelse inden for primærrettens anvendelsesområde.

88. Det skal indledningsvis præciseres, at gennemsigtighed i henhold til direktiverne omfatter mere end blot de aspekter, der er forbundet med offentliggørelsen af konkrete udbudsprocedurer. Den omfatter f.eks. de forskellige former for bekendtgørelser, hvad enten det er i form af en opfordring til at deltage i en udbudsprocedure eller en indkaldelse af bud, dvs. en opfordring til at afgive bud.

86. Det kan f.eks. udledes af ligebehandlingsprincippet, at valget af koncessionshavere skal ske på objektivi grundlag. Dette betyder også, at de krav, der fastsættes ved

89. Derudover indeholder direktiverne også andre offentliggørelsesforpligtelser, såsom forpligtelsen til at bekendtgøre den foretagne tildeling. Endvidere fastsætter direktiverne en forpligtelse til at foretage interne registreringer, f.eks. i form af skriftlige rapporter

<sup>37</sup> — Dom af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31, og Telaustria og Telefonadressdommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 61.

eller opbevaring af visse oplysninger<sup>38</sup>. Disse forpligtelser kunne også overføres til primærretten.

rettens anvendelsesområde, at gennemsigtigheden skal garantere en ufordrejet konkurrence og bidrage til at åbne de nationale markeder.

90. Gennemsigtighedsprincippet udgør derudover et ledende princip for hele udbudsproceduren. Det omfatter ligeledes f.eks. kontrollerbarheden af de ordregivende myndigheders beslutninger og generelt en objektiv fremgangsmåde i forbindelse med en udbudsprocedure.

93. Den »passende grad af offentlighed« i forbindelse med en tildeling af en kontrakt vedrører først og fremmest det spørgsmål, om en offentliggørelse overhovedet skal finde sted. Det kan således ikke udelukkes, at der også kan forekomme tilfælde, hvor det er muligt at indgå en underhåndsaftale, dvs. uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Hvad der er tilladt i henhold til direktiverne, må i særlig grad være tilladt inden for primærrettens anvendelsesområde. For ikke at udviske forskellen mellem direktiver og primærret, ville det være for strengt, hvis det kun var tilladt at gennemføre udbudsprocedurer uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse på de betingelser, der er fastsat i direktiverne, dvs. af de grunde, der udtømmende er anført heri. Det ville ligeledes være for strengt at lade lovligheden af en sådan procedure afhænge af, at der tages kontakt til alle potentielle bydende. Men hvis den ordregivende myndighed eller koncessionsgiveren alligevel gør dette, vil gennemsigtighedsforpligtelsen under alle omstændigheder være opfyldt<sup>40</sup>.

91. I den foreliggende sag er Domstolen anmodet om at konkretisere sin praksis vedrørende offentliggørelsesforpligtelsen nærmere. I *Telaustria* og *Telefonadressdommen* fastslog den nemlig principielt, at den »gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske«<sup>39</sup>.

94. Omvendt skal det imidlertid ganske vist forhindres, at ordregivende myndigheder eller koncessionsgivere misbruger det skøn, der er tillagt dem. Man kunne derfor antage,

92. For at fastslå den »passende grad af offentlighed« skal der tages udgangspunkt i målsætningen for det gennemsigtighedsprincip, der skal fortolkes. Som i forbindelse med direktiverne gælder det også på primær-

38 — Jf. i denne henseende tjenesteydelsesdirektivets artikel 12 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 41.

39 — *Telaustria* og *Telefonadressdommen*, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 62; min fremhævelse.

40 — Generaladvokat Fennelly antager dette i punkt 43 i sit forslag til afgørelse i *Telaustria* og *Telefonadress-sagen*, såfremt de bydende ikke alle eller næsten alle er af samme nationalitet som den ordregivende myndighed.

at der foreligger en principiel primærretlig offentliggørelsesforpligtelse med flere undtagelsesmuligheder. I så fald skulle den ordregivende myndighed eller koncessionsgiveren i det enkelte tilfælde begrunde, hvorfor reglen om offentliggørelse er fraveget.

95. Men selv hvis man lægger en principiel offentliggørelsesforpligtelse til grund, er mange spørgsmål fortsat ubesvarede.

96. Der opstår således spørgsmålet om offentliggørelsesmedium. Det vedrører for det første aspektet med hensyn til den geografiske udbredelse, dvs. om offentliggørelsen skal ske på lokalt, regionalt, nationalt eller europæisk plan. For det andet vedrører det selve mediets art. Foruden de traditionelle trykte medier, såsom officielle tidender, dagblade eller publikationer for den pågældende erhvervssektor, kan der også være tale om elektroniske fora, såsom internettet. Under visse omstændigheder kan endog den arkaiske form opslag finde anvendelse<sup>41</sup>.

97. Offentliggørelsesmåden udgør imidlertid kun ét aspekt. Derudover er det vigtigt at vide for den ordregivende myndighed eller koncessionsgiveren, hvilke krav der på grundlag af de grundlæggende friheder skal

være opfyldt med hensyn til udbudsbekendtgørelsens mindsteindhold. Generelt er kriteriet i denne henseende, at der skal gives så mange oplysninger, som virksomhederne behøver for at kunne afgøre, om de vil deltage i udbudsproceduren eller afgive et bud. Af de grundlæggende friheder kan der imidlertid slet ikke udledes så mange enkeltheder, der gælder i alle tilfælde, og som derpå som helhed kan udgøre modeller for udbudsbekendtgørelser, således som de er fastsat i direktiverne. Som princip gælder derfor også med hensyn til mindsteindholdet af en udbudsbekendtgørelse, at de grundlæggende friheder ikke i alle tilfælde indeholder en forpligtelse til at fremlægge de oplysninger, som er foreskrevet i modellerne for udbudsbekendtgørelser i henhold til afledt ret.

98. Både arten og indholdet af udbudsbekendtgørelsen afhænger imidlertid af de ovenfor nævnte kriterier, som i henhold til primærretten skal lægges til grund ved kategoriseringen af kontrakter og den heraf følgende graduering.

99. I betragtning af, at det af sagens akter, navnlig forelæggelseskendelsen, ikke er muligt at udlede de oplysninger, der er nødvendige for at kunne fastsætte den for hovedsagen passende grad af offentlighed, og i betragtning af princippet om, at det i forbindelse med en præjudiciel sag i henhold til artikel 234 EF ikke tilkommer Domstolen at anvende bestemmelser i fællesskabsretten

41 — Dette har Kommissionen også godkendt i sin meddelelse, nævnt ovenfor i fodnote 29.

på konkrete faktiske omstændigheder, påhviler det den nationale ret at afgøre, om gennemsigtighedsforpligtelsen er overholdt i hovedsagen<sup>42</sup>.

100. Med henblik herpå skal den nationale ret på grundlag af en markedsanalyse tage i betragtning, hvilke erhvervsdrivende der med hensyn til den potentielle konkurrence har interesse i den påtænkte tildeling af kontrakten, idet dennes værdi og genstand spiller en afgørende rolle.

b) Undtagelsen med hensyn til visse kvasi-in house-tildelinger af kontrakter

101. Som allerede nævnt kan hverken den sekundærretlige undtagelse i Teckal-dommen og Stadt Halle-dommen eller undtagelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 13 medføre, at primærretten, dvs. de i denne sag relevante grundlæggende friheder, ikke finder anvendelse.

102. Hvis kontrakten i hovedsagen faktisk må betragtes som en tjenesteydelseskoncession og derfor ikke er omfattet af direktiverne, er det ikke nødvendigt at rejse det spørgsmål, om direktiverne ikke finder anvendelse på den konkrete kontrakt på grund af en anden omstændighed, f.eks. fordi undtagelsen i retspraksis eller forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse. I så fald finder primærretten nemlig anvendelse af en anden grund.

103. I øvrigt tilkommer det i forbindelse med en anmodning om en præjudicial afgørelse i henhold til artikel 234 EF ikke Domstolen at anvende fællesskabsbestemmelserne på de konkrete faktiske omstændigheder. Dette har Domstolen understreget flere gange netop i sager vedrørende offentlige kontrakter<sup>43</sup>. Det tilkommer derimod den nationale ret at undersøge, om de kriterier, som Domstolen har udviklet, eller betingelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet er opfyldt i hovedsagen. I den henseende vil det imidlertid første skulle undersøges, om et af direktiverne overhovedet finder anvendelse.

104. Er der tale om en tjenesteydelseskoncession, og direktiverne derfor ikke finder anvendelse, er det under alle omstændigheder udelukket, at de to undtagelser for kvasi-in house-tildelinger finder anvendelse.

43 — Jf. i denne henseende Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 63, dom af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen, Sml. I, s. 5321, og af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, samt Comune di Udine-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 21.

42 — Med hensyn til en sådan løsning jf. Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 63.

## VI — Forslag til afgørelse

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

»Artikel 43 EF og 49 EF skal fortolkes således, at de principielt fastsætter en forpligtelse til gennemsigtighed. Artikel 43 EF og 49 EF er imidlertid ikke under alle omstændigheder til hinder for en direkte tildeling af en kontrakt, dvs. en tildeling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller uden afholdelse af et udbud. Ved vurderingen af, om en direkte tildeling af en kontrakt er tilladt i en udbudsprocedure som den i hovedsagen omhandlede, skal den nationale ret på grundlag af en markedsanalyse undersøge, hvilke erhvervsdrivende der med hensyn til den potentielle konkurrence har interesse i den påtænkte tildeling af kontrakten, idet dennes værdi og genstand spiller en afgørende rolle.«