

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 1. marts 2005¹

I — Indledning

1. Et af de centrale spørgsmål i forbindelse med reglerne for offentlige kontrakter er afgrænsningen mellem udbudspligtige og ikke-udbudspligtige udbudsprocedurer. Af særlig aktualitet er i denne sammenhæng sondringen mellem udlicitering af kontrakter og såkaldte interne aftaler, også betegnet »in house-aftaler«.

2. *In house-aftaler i snæver forstand* er transaktioner, hvorved et offentligretligt organ tildeler en kontrakt til en af sine tjenestegrene, der ikke er en selvstændig juridisk person. Til in house-aftaler i *videre forstand* kan imidlertid også henregnes visse tilfælde, hvor ordregivende myndigheder indgår kontrakter med selskaber, som de kontrollerer, men som er selvstændige juridiske personer. Mens in house-aftaler i

snæver forstand på forhånd falder uden for udbudsreglerne, da der er tale om rent forvaltningsinterne transaktioner², rejser der sig i forbindelse med in house-aftaler i videre forstand (undertiden også kaldet kvasi-in house-aftaler³) i reglen det vanskelige afgrænsningsspørgsmål, om de er omfattet af udbudspligt eller ej. Denne problematik skal Domstolen endnu en gang⁴ tage stilling til i den foreliggende sag.

3. Brixen Kommune har uden forudgående udbud tildelt sit datterselskab Stadtwerke Brixen AG en kontrakt vedrørende driften af to offentlige betalingsparkeringspladser. Det private selskab Parking Brixen GmbH har anfægtet dette. Den italienske Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (herefter også »den forelæggende ret«), har forelagt Domstolen to præjudicielle

2 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 49 og 50, der vedrører Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EFT L 199, s. 1, herefter »direktiv 93/36«.

3 — Jf. hertil også punkt 49 i generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse af 23.9.2004, sag C-26/03, Stadt Halle.

4 — Jf. først og fremmest Teckal-dommen, nævnt i fodnote 2, samt den for nylig afsagte dom af 11.1.2005 i Stadt Halle-sagen, sag C-26/03, Sml. I, s. 1. På nuværende tidspunkt verserer f.eks. sag C-231/03, Coname, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, og sag C-216/04, Saba Italia.

1 — Originalsprog: tysk.

spørgsmål, som i det væsentlige vedrører dels afgrænsningen mellem offentlige tjenesteydelseskoncessioner og offentlige tjenesteydelsesaftaler, dels afgrænsningen mellem udbudspligtig udlicitering og ikke-udbudspligtige in house-aftaler.

a) »offentlige tjenesteydelsesaftaler« gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed [...]

b) »ordregivende myndigheder« staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

II — De relevante retsregler

A — Fællesskabsbestemmelser

[...]«

4. De fællesskabsretlige rammer for denne sag udgøres for det første af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler⁵ (herefter »direktiv 92/50«), og for det andet af artikel 43 EF, 49 EF og artikel 86, stk. 1, EF.

6. Artikel 43 EF sikrer etableringsfriheden og artikel 49 EF den frie udveksling af tjenesteydelser. Artikel 48, stk. 1, EF og artikel 55 EF bestemmer, at for så vidt angår disse to grundlæggende friheder ligestilles selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

5. Artikel 1, litra a) og b), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

7. Endelig foreskriver artikel 86, stk. 1 og 2, EF følgende:

»I dette direktiv forstås ved:

»1. Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder,

5 — EFT L 209, s. 1. Dette direktiv blev ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114; herefter »direktiv 2004/18«). Direktiv 92/50 imidlertid fortsat tidsmæssig anvendelse på den foreliggende sag.

som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 12 og 81-89 nævnte.

rettigheder og forpligtelser, som forelå inden omdannelsen, og overtager alle aktiver og passiver i de oprindelige særlige virksomheder. Den pågældende lokale myndighed kan i henhold til denne bestemmelse være eneaktionær i et sådant selskab, dog højst i to år fra omdannelsen.

2. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.«

9. Bekendtgørelse af lov om kommunernes styrelse i den selvstyreende region Trentino-Sydtyrol (herefter »kommunestyrelsesloven«) foreskriver i artikel 88, stk. 6:

B — *Nationale bestemmelser*

8. I Italien giver artikel 115, stk. 1, i decreto legislativo⁶ nr. 267, udstedt af republikkens præsident den 18. august 2000 (herefter »lovdekret nr. 267/2000«)⁷, kommuner og andre lokale myndigheder adgang til som en ensidig retshandel at omdanne deres egen-drift (også kaldet særlige virksomheder) til aktieselskaber. Disse selskaber bibeholder de

»Kommunerne fastsætter ved forordning procedurerne og kriterierne for valget mellem de nedenfor anførte former for organisation af offentlige tjenester, der er af økonomisk og forretningsmæssig karakter:

a) oprettelse af særlige virksomheder

b) oprettelse af eller deltagelse i hertil egnede aktieselskaber eller andre selskaber med begrænset hæftelse og med overvejende offentlig indflydelse

6 — Anordning med lovs kraft eller lovdekret.

7 — Lovdekret nr. 267/2000 har titlen »Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali« (bekendtgørelse af lovene om en ordning for de lokale myndigheder) og er offentliggjort i GURI nr. 227 af 28.9.2000, ordinært tillæg nr. 162.

c) overdragelse af driften af offentlige tjenester til tredjemand, idet der skal fastsættes egnede udbudsprocedurer for udvælgelsen heraf [...]«⁸.

tidligere, i 2000, var blevet overdraget til Stadtwerke Brixen. Som det kom frem under retsmødet, anvendes disse parkeringspladser imidlertid ikke udelukkende af svømmehalens besøgende.

10. Desuden foreskriver kommunestyrelseslovens artikel 88, stk. 18, at de selskaber, der er oprettet i henhold til stk. 6, til enhver tid — og på visse nærmere fastsatte betingelser — kan få overdraget at udføre andre offentlige tjenester, som er forenelige med selskabets målsætninger, af de lokale myndigheder, der deltager i selskaberne.

12. Ifølge den forelæggende ret er disse parkeringspladser beliggende på to forskellige matrikler, nemlig matrikel nr. 491/6 og nr. 491/11.

III — De faktiske omstændigheder

A — Faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

11. Brixen Kommune, der er beliggende i den italienske selvstyrende region Trentino-Sydtyrol, overdrog i 2001 og 2002 — i begge tilfælde uden forudgående udbud — driften af to offentlige parkeringspladser til Stadtwerke Brixen AG. Begge parkeringspladser støder op til den kommunale offentlige svømmehal, hvis opførelse og drift allerede

13. Med hensyn til matrikel nr. 491/11 indrømmede Brixen Kommune⁹ i december 2001 Stadtwerke Brixen AG en over- og underjordisk byggeret med henblik på opførelse af parkeringspladser. Indtil færdiggørelsen af den planlagte underjordiske parkeringskælder skulle der midlertidigt etableres en overjordisk parkeringsplads. Med henblik herpå blev arealet (indtil da en fodboldbane) midlertidigt befæstet og omdannet til en parkeringsplads med ca. 200 parkeringsbåse.

14. For at tilvejebringe yderligere parkeringsarealer fik Stadtwerke Brixen AG i november 2002 for en periode på ni år overdraget driften af den nærliggende over-

8 — Denne bestemmelse fremgår af artikel 44 i regionallov nr. 1 af 4.1.1993 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* nr. 3 af 19.1.1993, ordinært tillæg nr. 1), som ændret ved artikel 10 i regionallov nr. 10 af 23.10.1998 (*Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol* nr. 45 af 27.10.1998, tillæg nr. 2).

9 — Kommunalbestyrelsens beslutning nr. 118 af 18.12.2001.

jordiske parkeringsplads på matrikel nr. 491/6¹⁰. Denne parkeringsplads, som ligeledes omfatter ca. 200 parkeringsbåse, var forinden i over ti år blevet administreret direkte af Brixen Kommune.

15. Stadtwerke Brixen AG må ifølge en aftale indgået med Brixen Kommune den 19. december 2002 opkræve en afgift hos brugerne af sidstnævnte parkeringsplads, der er beliggende på matrikel nr. 491/6. Til gengæld forpligtede Stadtwerke Brixen AG sig til at betale Brixen Kommune en årlig godtgørelse på 151 700 EUR, som skal forhøjes forholdsmæssigt i tilfælde af en forhøjelse af parkeringsafgifterne¹¹. Derudover overtog Stadtwerke Brixen AG driftspersonalet på denne parkeringsplads, der tidligere havde været ansat i Brixen Kommune, forpligtede sig til at varetage den almindelige og ekstraordinære vedligeholdelse af arealet og overtog alt ansvar herfor. Endvidere erklærede Stadtwerke Brixen AG sig rede til at videreføre den cykeludlejning, som Brixen Kommune tidligere havde drevet på parkeringspladsen, og at tillade, at det ugentlige marked fortsat afholdes på arealet.

16. Ifølge den forelæggende ret blev der derimod ikke indgået en tilsvarende aftale

om udnyttelsen af den overjordiske parkeringsplads på matrikel nr. 491/11.

17. Parking Brixen GmbH, som allerede driver et parkeringshus et andet sted i Brixen og ligeledes er interesseret i driften af de to omtvistede parkeringspladser, har anfægtet overdragelsen af driften af parkeringspladserne til Stadtwerke Brixen AG. Parking Brixen GmbH indgav den 17. januar 2003 stævning til den forelæggende ret med påstand om annullation af retsakterne i forbindelse med overdragelsen.

B — Supplerende oplysninger vedrørende Stadtwerke Brixen AG og den tidligere særlige virksomhed

18. Stadtwerke Brixen AG er retlig efterfølger til Stadtwerke Brixen, en af Brixen Kommunes tidligere særlige virksomheder. Denne særlige virksomhed havde været en juridisk person og en selvstændig virksomhed siden den 1. januar 1999 og blev i oktober 2001 på grundlag af artikel 115 i lovdekret nr. 267/2000 af kommunen omdannet til et aktieselskab, Stadtwerke Brixen AG¹².

¹⁰ — Kommunalbestyrelsens beslutning nr. 107 af 28.11.2002.

¹¹ — Ifølge forelæggelseskendelsen medfører en forhøjelse af parkeringsafgiften en forøgelse af det årlige vederlag »med 80 % af den tilsvarende procentuelle prisstigning«.

¹² — Kommunalbestyrelsens beslutning nr. 97 af 25.10.2001.

19. Stadtwerke Brixen AG's opgaver fremgår af vedtægternes artikel 4. Ifølge denne artikel må selskabet drive virksomhed inden for en lang række områder, som hører under forsyningsvirksomhed i bredeste forstand, navnlig inden for vandforsyning og spildevandsbortskaffelse, varme- og energiforsyning, opførelse af vejnet, affaldsbortskaffelse, person- og godstransport samt edb og telekommunikation, i alle tilfælde på lokalt, nationalt og internationalt plan. Også driften af parkeringspladser og parkeringsanlæg samt aktiviteter i tilknytning hertil hører til selskabets opgaver.

20. På tidspunktet for overdragelsen af de to parkeringspladser (og også derefter) var Brixen Kommune eneaktionær i Stadtwerke Brixen AG. Artikel 5, stk. 2, i vedtægterne for Stadtwerke Brixen AG bestemmer, at Brixen Kommunes andel af indskudskapitalen i selskabet i intet tilfælde må være lavere end den absolutte majoritet af stamaktierne.

21. I henhold til vedtægternes artikel 17 forvaltes Stadtwerke Brixen AG af en bestyrelse, som består af tre til syv medlemmer, og som udnævnes af generalforsamlingen, idet Brixen Kommune¹³ i ethvert tilfælde kan udnævne flertallet af bestyrelsesmedlemmerne. I henhold til vedtægternes artikel 18 har bestyrelsen fuldmagt til at forestå den daglige ledelse af selskabet, hvilken fuldmagt dog er underlagt en række begrænsninger, og

navnlig i visse tilfælde kun omfatter gennemførelsen af retshandler med en værdi på ikke over 5 mio. EUR pr. handel. Derudover er der i henhold til vedtægternes artikel 24 nedsat et tilsynsråd, som består af tre medlemmer og to suppleanter, hvoraf Brixen Kommune mindst skal udpege to medlemmer og en suppleant.

22. Den tidligere særlige virksomhed Stadtwerke Brixen havde i materiel henseende lignende opgaver som det nuværende selskab Stadtwerke Brixen AG, dog var disse opgaver begrænset til kommunens kompetenceområde og til samarbejde med andre virksomheder uden for kommunens område. Dens opgaver omfattede allerede driften af parkeringspladser og parkeringshuse, men f. eks. endnu ikke områderne edb og telekommunikation. Bestyrelsen for Stadtwerke Brixen blev i sin tid udpeget af kommunalbestyrelsen og var ved udøvelsen af sin virksomhed underkastet retningslinjer, der var udstukket af kommunalbestyrelsen.

IV — De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

23. Den forelæggende ret har ved kendelse af 23. juli 2003 udsat sagen og forelagt Domstolen to spørgsmål til præjudiciel

13 — Denne kompetence ligger, som det fremgik under retsmødet, hos kommunalbestyrelsen.

afgørelse. Med disse præjudicielle spørgsmål, i hvis indledning der også henvises til artikel 43 ff. EF, 49 ff. EF og 86 EF, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt følgende oplyst:

»1) Er der med hensyn til tildelingen af en kontrakt vedrørende driften af offentlige betalingsparkeringspladser som de i sagen omhandlede tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktiv 92/50's forstand, eller en offentlig tjenesteydelseskoncession, for hvilken Fællesskabets udbudsregler, navnlig forpligtelsen til ligebehandling og gennemsigtighed, finder anvendelse?

2) Såfremt der faktisk er tale om en tjenesteydelseskoncession vedrørende drift af en offentlig lokal tjeneste, er tildelingen af en kontrakt vedrørende driften af offentlige betalingsparkeringspladser, der i henhold til artikel 44, stk. 6, litra b), i regionallov nr. 1 af 4. januar 1993, som ændret ved artikel 10 i regionallov nr. 10 af 23. januar 1998, samt kommunestyrelseslovens artikel 88, stk. 6, litra a), kan ske uden afholdelse af et offentligt udbud, da forenelig med fællesskabsretten, herunder navnlig med principperne om fri udveksling af tjenesteydelser og fri konkurrence, om forbud mod forskelsbehandling og den heraf følgende pligt til ligebehandling og gennemsigtighed samt proportionalitetsprincippet, når tildelingen sker til et aktieselskab, der i medfør af artikel 115 i lovdekret

nr. 267/2000 er stiftet ved omdannelse af en særlig kommunal virksomhed, når dette selskabs aktiekapital på tidspunktet for tildelingen var 100% kommunalt ejet, og dets bestyrelse havde fuldmagt til i forbindelse med den daglige ledelse af selskabet at indgå retshandler med en værdi på ikke over 5 mio. EUR pr. handel?«

24. Ved skrivelse af 16. december 2004 underrettede Domstolens Justitskontor parterne om, at der den 11. januar 2005 ville blive afsagt dom i Stadt Halle-sagen¹⁴, for at give dem mulighed for at tage stilling til den pågældende dom under retsmødet den 13. januar 2005 i den foreliggende sag.

25. Under sagen for Domstolen har Parking Brixen AG, Stadtwerke Brixen AG, Brixen Kommune, den italienske regering, den østrigske regering og Kommissionen afgivet skriftlige og mundtlige indlæg. Desuden har den nederlandske regering afgivet indlæg under retsmødet.

V — Retlig vurdering

26. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse tager i det væsentlige sigte på at få

¹⁴ — Nævnt i fodnote 4.

afklaret, om fællesskabsretten fastsætter betingelser — og i givet fald hvilke — for aftaler mellem ordregivende myndigheder og deres datterselskaber. Dette er genstand for den forelæggende rets andet spørgsmål. Indledningsvis skal det imidlertid inden for rammerne af det første præjudicielle spørgsmål undersøges, hvilke fællesskabsretlige bestemmelser eventuelle betingelser i det hele taget kan udledes af — direktiv 92/50 eller almindelige retsprincipper, der er indeholdt i EF-traktaten. Med henblik herpå er det nødvendigt at foretage en afgrænsning mellem offentlige tjenesteydelsesaftaler og tjenesteydelseskoncessioner.

A — Første spørgsmål: afgrænsning mellem offentlige tjenesteydelsesaftaler og tjenesteydelseskoncessioner

27. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om der er tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktiv 92/50's forstand eller om en tjenesteydelseskoncession, når en ordregivende myndighed overdrager driften af en offentlig parkeringsplads til en erhvervsdrivende, idet denne erhvervsdrivende må opkræve en afgift hos brugerne af parkeringspladsen og til gengæld forpligter sig til at betale kommunen en årlig godtgørelse.

28. For at besvare dette spørgsmål er det endnu ikke nødvendigt at foretage den

indledningsvis nævnte afgrænsning mellem udbudspligtig udlicitering og ikke-udbudspligtige in house-aftaler¹⁵. Derimod er det i denne forbindelse tilstrækkeligt at undersøge, om selve *genstanden* for en aftale som den, der i det foreliggende tilfælde blev indgået mellem Brixen Kommune og Stadtwerke Brixen AG, i det hele taget kan omfattes af direktiv 92/50. Dette skal besvares bekræftende, hvis denne aftale udgør en offentlig *tjenesteydelsesaftale*, men benægtende, såfremt der er tale om en *tjenesteydelseskoncession*. Ifølge Domstolens praksis, som først blev udviklet med hensyn til det såkaldte forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38¹⁶ og derpå overført til området for tjenesteydelsedirektiv 92/50, er sådanne koncessioner nemlig ikke *gensidigt bebyrdende aftaler* som omhandlet i disse to direktiver¹⁷, heller ikke selv om de vedrører de aktivitetsområder, der er anført i bilagene til de enkelte direktiver. Dette bekræftes i øvrigt også ved en modsætnings slutning fra det fremover gældende direktiv 2004/18, hvori tjenesteydelseskoncessioner for første gang udtrykkeligt nævnes¹⁸.

29. I modsætning til de offentlige *tjenesteydelsesaftaler* er en *tjenesteydelseskoncession*

15 — Jf. i denne henseende punkt 1 og 2 i dette forslag til afgørelse.

16 — Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, EFT L 199, s. 84, i mellemtiden ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, EUT L 134, s. 1.

17 — Jf. med hensyn til artikel 1, litra a), i tjenesteydelsedirektiv 92/50 kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, præmis 29 og 30. Jf. med hensyn til artikel 1, nr. 4, i forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38 dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Teleaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 57 og 58.

18 — Artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18.

kendetegnet ved, at den pågældende tjenesteyder som modydelse for tjenesteydelsen af den ordregivende myndighed får en *ret til at udnytte sin egen ydelse*¹⁹.

30. Som Kommissionen, den østrigske og den italienske regering med rette har anført, påtager operatøren sig nemlig i forbindelse med en *tjenesteydelseskoncession* risikoen ved tjenesteydelsen, og vederlaget herfor betales — i det mindste til dels — af brugeren af tjenesteydelsen, f.eks. ved opkrævning af en afgift²⁰. Der foreligger således et trepartsforhold mellem den ordregivende myndighed, tjenesteyderen og brugeren af tjenesteydelsen. Derimod medfører en offentlig *tjenesteydelsesaftale* kun et bilateralt retsforhold, hvor vederlaget for den udførte tjenesteydelse betales af den ordregivende myndighed selv, som i øvrigt også påtager sig risikoen.

31. Efter det oplyste udgøres i denne sag den modydelse, som Brixen Kommune yder Stadtwerke Brixen AG for driften af parkeringspladsen på matrikel nr. 491/6, udelukkende af en tilladelse for Stadtwerke Brixen AG til at opkræve en afgift hos brugerne af parkeringspladsen. Ud fra en økonomisk betragtning kan Stadtwerke Brixen AG på denne måde høste udbyttet af sine egne ydelser, dvs. af driften og vedligeholdelsen af parkeringspladsen. Samtidig bærer selskabet

imidtertid også den økonomiske risiko ved driften af parkeringspladsen, da det med de opkrævede afgifter ikke kun skal finansiere de løbende omkostninger, men derudover også vedligeholdelsen af parkeringsarealerne samt den årlige godtgørelse, der skal betales til kommunen. Alt dette taler imod, at der er tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale, og for, at der foreligger en tjenesteydelseskoncession.

32. Det kan ikke fastslås endeligt på grundlag af de foreliggende oplysninger, om noget tilsvarende gælder for parkeringspladsen på matrikel nr. 491/11. Det tilkommer imidlertid under ingen omstændigheder Domstolen, men derimod den forelæggende ret at anvende de i fællesskabsretten fastsatte kriterier på de faktiske omstændigheder i hovedsagen²¹. Den forelæggende ret vil navnlig skulle afklare, om den modydelse, som Brixen Kommune yder Stadtwerke Brixen AG for driften af parkeringspladsen, udgøres af tilladelsen til at opkræve en afgift hos brugerne af parkeringspladsen.

19 — Telaustria og Telefonadress-dommen, præmis 58, andet led, og Buchhändler-Vereinigung-kendelsen, præmis 27, begge nævnt i fodnote 17. Jf. i denne retning tillige den retlige definition i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18, der finder anvendelse fremover.

20 — I denne forbindelse har Kommissionen også henvist til sin fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, EFT 2000 C 121, s. 2, jf. navnlig afsnit 2.2 heri.

21 — Jf. i denne henseende, blandt mange andre, dom af 16.7.1998, sag C-235/95, Dumon og Froment, Sml. I, s. 4531, præmis 25; i samme retning Telaustria og Telefonadress-dommen, nævnt i fodnote 17, præmis 63.

33. Jeg er derfor under alle omstændigheder enig med Parking Brixen GmbH, den østrigske og den italienske regering samt Kommissionen i²², at der ikke er tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktiv 92/50's forstand, men om en tjenesteydelseskoncession, der ikke er omfattet af dette direktiv, når en ordregivende myndighed overdrager driften af en offentlig parkeringsplads til en erhvervsdrivende, og denne erhvervsdrivende må opkræve en afgift hos brugerne af parkeringspladsen og til gengæld forpligter sig til at betale den ordregivende myndighed en årlig godtgørelse.

B — Andet spørgsmål: fællesskabsbestemmelser om tildeling af tjenesteydelseskoncessioner til ordregivende myndigheders datterselskaber

34. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, under hvilke omstændigheder en ordregivende myndighed uden forudgående udbud må tildele et af sine datterselskaber en tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede beføjelse til at drive offentlige betalingsparkeringspladser.

22 — De andre parter i sagen har ikke udtalt sig nærmere om den her behandlede problematik. Brixen Kommune og Stadtwerke Brixen AG har derimod afvist, at der foreligger en tjenesteydelseskoncession, da Stadtwerke Brixen AG ikke er en tredjemand i forhold til Brixen Kommune.

1) Det fællesskabsretlige princip om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsforpligtelse også uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde

35. I modsætning til den nederlandske regerings opfattelse er det allerede fastslået i retspraksis, at ordregivende myndigheder også uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde²³ er undergivet fællesskabsretlige forpligtelser, som fremgår af EF-traktatens grundlæggende regler, navnlig de grundlæggende friheder²⁴ og det princip om forbud mod forskelsbehandling, der er indeholdt heri²⁵.

36. Princippet om forbud mod forskelsbehandling går hånd i hånd med en gennemsigtighedsforpligtelse. Kun hvis tildelingen af en kontrakt eller en koncession gennemføres med tilstrækkelig gennemsigtighed er det i det hele taget muligt at konstatere, om princippet om forbud mod forskelsbehandling er blevet overholdt i det enkelte tilfælde,

23 — Jf. med hensyn til det forhold, at direktiv 92/50 ikke finder anvendelse i en sag som den foreliggende, bemærkningerne til det første spørgsmål i punkt 27-33 i dette forslag til afgørelse.

24 — I en sag som den foreliggende kan den frie udveksling af tjenesteydelse (artikel 49 EF) og — for så vidt en udenlandsk bydende påtænker at etablere sig i Italien med henblik på at drive parkeringspladser — også etableringsfriheden (artikel 43 EF) blive relevant.

25 — Bl.a. — specielt i forbindelse med en tjenesteydelseskoncession — *Telaustria og Telefonadress-dommen*, nævnt i fodnote 17, præmis 60; jf. endvidere dom af 23.1.2003, sag C-57/01, *Makedoniko Metro og Michaniki*, Sml. I, s. 1091, præmis 69, og kendelse af 3.12.2001, sag C-59/00, *Vestergaard*, Sml. I, s. 9505, præmis 20 og 21; i samme retning dom af 18.6.2002, sag C-92/00, *HI*, Sml. I, s. 5553, præmis 47.

eller om der er truffet en vilkårlig afgørelse for eller imod en bestemt tilbudsgiver²⁶.

37. Alt dette betyder dog på ingen måde, at der skal anvendes en procedure, som i alle detaljer kan sammenlignes med den, der fremgår af udbudsdirektiverne. Som Domstolen imidlertid har anført i *Telaustria* og *Telefonadress-dommen*, består den gennemsigthedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed,

»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«²⁷.

38. Det skal blot i forbigående bemærkes, at *Stadtwerke Brixen AG* i denne forbindelse har gjort gældende, at artikel 43 ff. EF slet ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, da de faktiske omstændigheder i hovedsagen mangler et grænseoverskridende element. Alle parter i hovedsagen har således hjemsted i Italien.

39. Det bemærkes i den henseende, at de grundlæggende friheder ganske vist ikke finder anvendelse på en medlemsstats rent

26 — *Telaustria* og *Telefonadress-dommen*, nævnt i fodnote 17, præmis 61, og *HI-dommen*, nævnt i fodnote 25, præmis 45; dom af 18.11.1999, sag C-275/98, *Unitron Scandinavia* og 3-S, Sml. I, s. 8291, præmis 31.

27 — *Telaustria* og *Telefonadress-dommen*, nævnt i fodnote 17, præmis 62.

interne forhold²⁸. Som Kommissionen, *Parking Brixen GmbH* og den østrigske regering imidlertid med rette har bemærket, kan en eventuel tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed i forbindelse med tildelingen af offentlige kontrakter ikke kun få følger for indenlandske virksomheder som *Parking Brixen GmbH*, men derimod for alle potentielt interesserede, også eventuelle bydende fra andre medlemsstater²⁹. En eventuel mangel på offentlighed berører dermed altid samtidig også de grundlæggende friheder for potentielt interesserede fra andre medlemsstater.

2) Mulighed for undtagelse for aftaler med egne datterselskaber: retspraksis i henhold til *Teckal-sagen*

40. Det skal herefter undersøges, om en ordregivende myndighed undtagelsesvis er fritaget for at følge de beskrevne fællesskabsbestemmelser, hvis den lader tjenesteydelser udføre af organer, som den selv kontrollerer.

28 — I henhold til fast retspraksis, jf. senest dom af 16.12.2004, sag C-293/03, *My*, Sml. s. 12013, præmis 40. Jf. specielt med hensyn til etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser dom af 7.2.1979, sag 115/78, *Knoots*, Sml. s. 399, præmis 24 indledningsvis.

29 — Jf. tillige dom af 25.4.1996, sag C-87/94, *Kommissionen mod Belgien*, Sml. I, s. 2043, præmis 33, hvorefter virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater direkte eller indirekte kan være berørt af tildelingen af en udbudt kontrakt. Derfor skal de krav, der stilles til udbudsproceduren, respekteres uafhængigt af de bydendes nationalitet og hjemsted. Denne betragtning gælder ikke kun for bestemmelserne i udbudsdirektiverne, men kan også anvendes analogt i tilfælde som det foreliggende, hvor almindelige fællesskabsretlige principper skal finde anvendelse.

41. Såfremt den ordregivende myndighed med henblik herpå har til hensigt at anvende en i organisatorisk henseende selvstændig offentlig virksomhed, nemlig et af sine datterselskaber, synes svaret umiddelbart at fremgå klart: I henhold til princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder, som navnlig kommer til udtryk i artikel 86, stk. 1, EF, må offentlige virksomheder — med forbehold af undtagelserne i artikel 86, stk. 2, EF — ikke behandles bedre end private konkurrenter. En ordregivende myndighed må således ikke uden videre overdrage udførelsen af tjenesteydelser til en virksomhed, som den selv kontrollerer, uden først at inddrage andre mulige ansøgere i overvejelserne og med dette formål for øje gennemføre en gennemsigtig udvælgelsesprocedure.

42. På den anden side står det selvfølgelig også de offentlige myndigheder frit for at opfylde de opgaver, der påhviler dem, fuldstændig gennem anvendelse af egne ressourcer, dvs. internt, uden overhovedet at gøre brug af juridisk selvstændige — offentlige eller private — virksomheder. I så fald er de heller ikke omfattet af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter³⁰ og artikel 86 EF.

43. Som allerede anført ovenfor, giver afgrænsningen mellem sådanne in house-aftaler og eksterne tildelinger ikke sjældent anledning til problemer i det enkelte tilfælde. Dette har Domstolen — i forbindelse med direktiv 93/36 — taget principiel stilling til i

dommen i Teckal-sagen³¹. Af denne dom kan det udledes, at bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter principielt finder anvendelse, så snart der er indgået *en aftale mellem to forskellige personer*³², dvs. så snart der foreligger en *aftale*.

44. Det er imidlertid ikke kun rent formelle synspunkter, som er afgørende for anvendelsen af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, men også en konkret vurdering. Selv hvis begge parter i en retshandel formelt er juridiske personer, kan aftalen mellem dem alligevel undtagelsesvis sidestilles med en intern aftale, såfremt to kumulative kriterier, der er udviklet i retspraksis, er opfyldt³³:

— Den ordregivende myndighed³⁴ skal underkaste medkontrahenten³⁵ en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (*første Teckal-kriterium*).

31 — Teckal-dommen, nævnt i fodnote 2, præmis 46, 49 og 50.

32 — Hvad angår det personelle anvendelsesområde er det nødvendigt, men også tilstrækkeligt, at den ene af kontrahenterne er en ordregivende myndighed, Teckal-dommen, nævnt i fodnote 2, præmis 42, andet punktum, og Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 47; jf. tillige dom af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037, præmis 40.

33 — Den oprindelige affattelse af kriterierne findes i præmis 50, andet punktum, i Teckal-dommen, nævnt i fodnote 2, og de nævnes ligeledes i dom af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38. I Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 49, andet punktum, er disse kriterier videreudviklet, om end i en i sproglig henseende lidt ændret affattelse. Sidstnævnte affattelse ligger til grund for de nedenstående betragtninger, medmindre andet er angivet.

34 — Ordret anvender Stadt Halle-dommen den tunge formulering »den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed«, mens Teckal-dommen — på grundlag af de faktiske omstændigheder i denne sag — taler om »den lokale myndighed«.

35 — Ordret betegnes medkontrahenten i Teckal-dommen som »den pågældende person« og i Stadt Halle-dommen som »det selvstændige organ«.

30 — Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 48.

- Denne medkontrahent skal for sit vedkommende udføre hovedparten af sin virksomhed for³⁶ den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af (*andet Teckal-kriterium*).
- myndigheder ville være underlagt strengere krav *uden for* end inden for direktivernes anvendelsesområde, nemlig en forpligtelse til at sikre gennemsigtighed og offentlighed, der i så fald gælder *uden undtagelse*.

45. Denne retspraksis har Domstolen siden da ikke kun anvendt på direktiv 93/36, men også på direktiv 92/50 og 93/37^{37 38}.

46. Teckal-kriterierne kan ligeledes anvendes analogt i tilfælde som det foreliggende, som ikke er omfattet af nogen af direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter³⁹, for hvis allerede udbudsdirektiverne med deres detaljerede krav til udbudsproceduren tillader undtagelser for in house-aftaler, må dette så meget desto mere også gælde i de tilfælde, hvor det immervæk kun er mindre detaljerede processuelle krav, nemlig udelukkende generelle krav, som følger af princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet, der finder anvendelse. I modsat fald ville resultatet være det paradoksale, at ordregivende

47. Desuden skal det tages i betragtning, at udbudsdirektiverne kun har til formål at virkeliggøre EF-traktatens grundlæggende regler, navnlig som de er kommet til udtryk i de grundlæggende friheder⁴⁰. Undtagelser fra direktiverne er således i sidste instans undtagelser fra disse principper. Også dette taler for, at retspraksis i henhold til Teckal-sagen anvendes analogt i tilfælde, hvor princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet kan udledes direkte af de grundlæggende friheder og ikke først bliver konkretiseret i udbudsdirektiverne.

36 — Brugen af ordene »sammen med« i Stadt Halle-dommen og i de fleste sprogversioner af Teckal-dommen er i sproglig henseende usædvanlig, når det tages i betragtning, at der som regel ikke er tale om et samarbejde mellem to virksomheder, men om et forhold, hvor en offentlig virksomhed opfylder visse opgaver eller udfører visse tjenesteydelser for det offentligretlige organ, normalt en lokal myndighed, der kontrollerer den.

37 — Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT L 199, s. 54, i mellemtiden ophævet og erstattet af direktiv 2004/18.

38 — Jf. med hensyn til direktiv 92/50 Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 47 og 49; en antydning i samme retning fandtes allerede i ARGE-dommen, nævnt i fodnote 32, præmis 40. Jf. med hensyn til direktiv 93/37 dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt i fodnote 33, præmis 39.

39 — Jf. med hensyn til det forhold, at direktiv 92/50 ikke finder anvendelse i en sag som den foreliggende, bemærkningerne til det første spørgsmål i punkt 27-33 i dette forslag til afgørelse.

48. Om begge Teckal-kriterier kan være opfyldt i et konkret tilfælde som det foreliggende, således at den ordregivende myndighed — som anført af Brixen Kommune, Stadtwerke Brixen AG og den italienske regering — er fritaget for de fællesskabsretlige krav, afhænger af en samlet vurdering

40 — Jf. i denne henseende f.eks. sjette betragtning til direktiv 92/50 og anden betragtning til direktiv 2004/18 samt dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 51. Jf. tillige punkt 35-37 i dette forslag til afgørelse.

af alle faktiske omstændigheder i det enkelte tilfælde.

a) Første Teckal-kriterium: en kontrol, der svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene

49. Ifølge det første Teckal-kriterium forudsætter sidestillingen med en intern aftale, at den ordregivende myndighed underkaster medkontrahenten en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

50. Kommissionen betvivler af to grunde, at dette kan være tilfældet med hensyn til et selskab som Stadtwerke Brixen AG: For det første skal der i henhold til en retlig forpligtelse for fremtiden muligvis gives tredjemand adgang til at erhverve kapitalandele i Stadtwerke Brixen AG, og for det andet kan organerne i dette aktieselskab i vidt omfang selvstændigt varetage den daglige ledelse. Dette andet aspekt har Parking Brixen GmbH og den østrigske regering også peget på.

i) Udelukkelse af en kontrol, der svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene, når en privat investor ejer en kapitalandel i virksomheden

51. Den nyligt afsagte dom i Stadt Halle-sagen bør danne udgangspunkt for overvejelserne. Heri præciserede Domstolen det første Teckal-kriterium således, at den omstændighed, at en privat investor ejer en kapitalandel i virksomheden, også selv om

denne kun er en minoritetsandel, udelukker *en kontrol, der svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene*⁴¹.

52. Denne præcisering viser, at retspraksis med kriteriet kontrol, *der svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene*, har anlagt en strengere målestok end den, der ellers finder anvendelse f.eks. inden for konkurrenceretten. Det forhold, at den ordregivende myndighed således ejer en majoritetsandel af kapitalen i datterselskabet, at den udøver flertallet af stemmerettighederne og udnævner flertallet af repræsentanterne i dette selskabs organer, er — såvel som eventuelle aftaler mellem selskabsdeltagerne — tilstrækkeligt til, at det kan konkluderes, at der foreligger kontrol som omhandlet i konkurrenceretten⁴², og at datterselskabet er en offentlig virksomhed som omhandlet i artikel 86, stk. 1, EF⁴³. Disse omstændigheder er imidlertid ikke tilstrækkelige til, at det kan antages, at der er tale om en videregående kontrol, *der svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene*.

53. Allerede den blotte tilstedeværelse af en privat tredjemand, også selv om det kun er i

41 — Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 49 og 52.

42 — Jf. i denne henseende f.eks. — med hensyn til begrebet kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser — punkt 13, 14 og 18 ff. i Kommissionens meddelelse om fusionsbegrebet efter Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EFT 1998 C 66, s. 5.

43 — Jf. tillige artikel 2 i Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25.6.1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder, EFT L 195, s. 35; senest ændret ved Kommissionens direktiv 2000/52/EF af 26.7.2000, EFT L 193, s. 75.

form af en minoritetsandel uden vetorettigheder, forhindrer nemlig, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol, *der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene*. Tilstedeværelsen af en privat tredjemand forudsætter nemlig altid, at den offentlige myndighed tager et minimum af hensyn til dennes økonomiske interesser — kun i så fald vil en privat tredjemand nemlig overhovedet stille sin knowhow eller økonomiske kapacitet til rådighed for den offentlige myndighed. Har en privat tredjemand — i givet fald efter gennemførelse af et offentligt udbud — erhvervet en kapitalandel i en virksomhed, kan hensynet til dennes økonomiske interesser afholde den offentlige myndighed fra at gennemføre sine offentligretlige interesser fuldt ud, selv om dette også rent juridisk er muligt. Gennem denne forbindelse mellem offentlige og private interesser adskiller såkaldte blandede økonomiske virksomheder sig væsentligt fra rene forvaltningsafdelinger⁴⁴.

54. Da den offentlige myndighed således *ikke* kan underkaste blandede økonomiske virksomheder en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, er alle retshandler, som ordregivende myndigheder gennemfører med deres blandede økonomiske datterselskaber, principielt omfattet af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigthedsprincippet.

ii) Tredjemands fremtidige adgang til at erhverve kapitalandele

55. Stadtwerke Brixen AG var på tidspunktet for overtagelsen af de to parkeringspladser (og herefter) *ikke* en sådan blanded økonomisk virksomhed, men et 100%-ejet datterselskab af Brixen Kommune. Kommunen skulle imidlertid senest to år efter omdannelsen af den tidligere særlige virksomhed opgive sin stilling som eneaktionær og blot være majoritetsaktionær⁴⁵.

56. Ifølge retssikkerhedsprincippet skal forpligtelsen til gennemførelse af en udbudsprocedure altid vurderes *forudgående*, dvs. på tidspunktet for indgåelsen af retshandlen. Fra den ordregivende myndigheds og dennes medkontrahents synsvinkel såvel som i forhold til konkurrenter, som ikke har fået tildelt kontrakten, skal det nemlig allerede på tidspunktet for kontraktens indgåelse kunne konstateres, om der skulle gennemføres en udbudsprocedure eller ej. Der kan højst tages hensyn til omstændigheder, der indtræder senere, hvis de allerede med sikkerhed kunne forudses på indgåelsestidspunktet.

44 — Dette antydes også i Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 50. Med hensyn til begrebet blanded økonomisk virksomhed, jf. f.eks. punkt 58 i generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen, nævnt i fodnote 3.

45 — Jf. artikel 115 i lovdekret nr. 267/2000 på den ene side og kommunestyrelseslovens artikel 88, stk. 6, litra b), samt artikel 5, stk. 2, i vedtægterne for Stadtwerke Brixen AG på den anden side.

57. Tabet af kommunens kapitalandel på 100% i datterselskabet havde under alle omstændigheder med sikkerhed kunnet forudses, hvis en *konkret tredjemands* erhvervelse af en andel i selskabet allerede *havde været umiddelbart forestående*.

58. Kommissionen går imidlertid videre og er af den opfattelse, at det i en sag som den foreliggende på grund af den gældende lovgivning allerede var muligt tilstrækkeligt sikkert at forudse tabet af kommunens kapitalandel på 100%, og at der derfor skulle have været taget hensyn hertil allerede på tidspunktet for overdragelsen af driften af parkeringspladserne.

59. Af en lovbestemmelse som artikel 115 i lovdekret nr. 267/2000 følger imidlertid — om i det hele taget noget⁴⁶ — kun en *forpligtelse* til at sælge aktier inden for en bestemt frist. Om og hvornår et sådant salg og en overdragelse af kapitalandele til en tredjemand *faktisk* finder sted, afhænger af en lang række andre omstændigheder, hvis indtræden ikke garanteres af den blotte eksistens af denne lovbestemte forpligtelse. Navnlig kan det på ingen måde udelukkes, at det slet ikke er muligt at finde en interesseret investor, som vil være rede til at erhverve kapitalandele i den pågældende virksomhed på de tilbudte vilkår. Dette illustreres ikke

mindst meget tydeligt i den foreliggende sag: Ifølge oplysninger afgivet af Brixen Kommune og Stadtwerke Brixen AG under retsmødet har ingen tredjemand hidtil erhvervet andele i Stadtwerke Brixen AG's kapital.

60. Heller ikke de forskellige parter interesser kunne på det pågældende tidspunkt sammenlignes med interesserne i en blandet økonomisk virksomhed. Så længe der nemlig kun foreligger en forpligtelse til *senere* at gøre det muligt at erhverve kapitalandele i datterselskabet, men der endnu ikke er fundet en konkret tredjemand, behøver den ordregivende myndighed ikke at føle sig foranlediget til at tage hensyn til denne private investors interesser, når den tildeler kontrakter eller koncessioner til sit datterselskab.

61. Kommissionen har givet udtryk for den bekymring, at en tredjemand i en tildelt (i givet fald langfristet⁴⁷) koncessions *løbetid* vil kunne indtræde i aktieselskabet og derpå via sin kapitalandel også få del i overskuddet af koncessionen. Det er imidlertid ikke nødvendigt at beskytte sig mod den hermed forbundne risiko for, at den senere private investor begunstiges i forhold til andre private virksomheder⁴⁸, allerede på tidspunktet for tildelingen af selve koncessionen til det kommunale datterselskab, da det er tilstrækkeligt at træffe passende *forholdsregler på tidspunktet for udvælgelsen af tredjemanden*, dvs. inden overdragelsen af

46 — Som det fremgik under den mundtlige forhandling for Domstolen, er parterne i den foreliggende sag uenige om, hvorvidt artikel 115 i lovdekret nr. 267/2000 i det hele taget fastsætter en lovbestemt *forpligtelse* for kommunen til at give adgang til aktiekapitalen i Stadtwerke Brixen AG, eller om kommunen på lang sigt må forblive eneaktionær. Brixen Kommune har i denne henseende påberåbt sig artikel 2362 i den italienske civillovbog (codice civile, som ændret ved lovdekret nr. 6, udstedt af republikkens præsident den 17.1.2003, offentliggjort i GURI nr. 17 af 22.1.2003, ordinært tillæg nr. 8), hvorefter aktieselskaber i Italien også kan bestå af en eneaktionær.

47 — I den foreliggende sag blev der med hensyn til parkeringspladsen på matrikel nr. 491/6 aftalt en løbetid på ni år, jf. punkt 14 i dette forslag til afgørelse.

48 — Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 51.

kapitalandelen til denne. De grundlæggende friheder⁴⁹ kræver nemlig, at når en privat tredjemand erhverver kapitalandele i en offentlig virksomhed, skal princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigthedsprincippet overholdes, navnlig ved at sikre en passende grad af offentlighed⁵⁰.

62. Af de ovennævnte grunde er den lovbestemte forpligtelse til inden for en bestemt frist at gøre det muligt for tredjemand at erhverve kapitalandele i et selskab ikke i sig selv tilstrækkelig til at udelukke, at den ordregivende myndighed underkaster dette selskab en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

iii) Beføjelsen for organerne i et aktieselskab til selvstændigt at varetage den daglige ledelse

63. Der kan — helt bortset fra ejerforholdene — tillige generelt opstå tvivl med hensyn til, om der er tale om en kontrol, der svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene, som følge af den omstændighed, at en virksomhed som Stadtwerke Brixen AG er et aktieselskab, hvis organer har beføjelse til i vidt omfang selvstændigt at varetage den

daglige ledelse⁵¹. Denne tvivl har ikke kun Parking Brixen GmbH, den østrigske regering og Kommissionen givet udtryk for, men også den forelæggende ret.

64. I denne forbindelse skal der sondres mellem den offentlige virksomheds forhold udadtil over for andre erhvervsdrivende og dens forhold indadtil over for kommunen.

65. Det forhold, at organerne i en offentlig virksomhed har vidtrækkende fuldmagter *i forholdet udadtil* udelukker på ingen måde, at denne virksomhed er underkastet en kontrol, der svarer til den kontrol, kommunen fører med sine egne tjenestegrene. Sådanne beføjelser i forholdet udadtil er tværtimod generelt nødvendige for at sikre handleevne, for ikke at hæmme varetagelsen af den daglige ledelse og ikke mindst for at beskytte tredjemands interesser⁵². Inden for forvaltningen selv er det heller ikke usædvanligt, at enkelte indehavere af et hverv, f. eks. borgmesteren i en kommune, amtsborgmesteren i et amt eller lederne af statslige myndigheder, tillægges forholdsvis vidtrækkende beføjelser til at repræsentere den pågældende myndighed *udadtil*.

51 — Som den forelæggende ret har understreget i sit andet spørgsmål, har bestyrelsen i Stadtwerke Brixen AG »fuldmagt til i forbindelse med den daglige ledelse af selskabet at indgå retshandler med en værdi på ikke over 5 mio. EUR pr. handel«.

52 — Jf. artikel 9 og anden betragtning til Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, EFT L 65, s. 8, herefter »direktiv 68/151«.

49 — Etableringsfrihed (artikel 43 EF) og frie kapitalbevægelser (artikel 56, stk. 1, EF).

50 — Jf. i denne henseende punkt 35-39 i dette forslag til afgørelse:

66. Af større betydning for det omhandlede spørgsmål om *kontrol* er derfor *forholdet indadtil* mellem en kommune og en virksomhed som Stadtwerke Brixen AG. I denne henseende har den forelæggende ret givet udtryk for den opfattelse, at Stadtwerke Brixen AG har en langt større selvstændighed end sin forgænger; den særlige virksomhed Stadtwerke Brixen. Mens den særlige virksomhed nemlig var underkastet kommunalbestyrelsens direkte kontrol og indflydelse, kan kommunen over for aktieselskabet kun træffe de foranstaltninger, som selskabsretten giver mulighed for. Kommissionen og Parking Brixen GmbH har fremført lignende argumenter.

tjenestegrene, vil det første Teckal-kriterium næppe nogen sinde kunne opfyldes i forhold til privatretligt organiserede kapitalselskaber. Ordregivende myndigheder vil i så fald inden indgåelsen af kontrakter med deres datterselskaber, der er organiseret som aktieselskaber eller selskaber med begrænset ansvar, *selv som de eneste selskabsdeltagere heri*, altid skulle overholde bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter og eventuelt overdrage opfyldelsen af opgaverne til private tredjemænd, som afgiver bedre bud. Under disse omstændigheder ville den blotte overdragelse af opgaver til sådanne selskaber — også på et så følsomt område som f.eks. vandforsyning — i sidste instans svare til et tvungent *første skridt til en privatisering af disse opgaver*.

67. En offentlig myndigheds kontrol med sine egne tjenestegrene er i retlig henseende i de fleste tilfælde kendetegnet ved instruktions- og tilsynsbeføjelser. Inden for den samme myndighed har f.eks. myndighedens ledelse i reglen instruktionsbeføjelsen over for de tjenestegrene, den har under sig. I forholdet til underordnede myndigheder er der normalt ligeledes en instruktionsbeføjelse eller i hvert fald en mulighed for at kontrollere og korrigere afgørelser på grundlag af tilsynsbeføjelser.

69. Omdannelsen af særlige virksomheder til aktieselskaber eller selskaber med begrænset ansvar kan ganske vist i visse tilfælde faktisk være tænkt som et første skridt til en privatisering af de pågældende opgaver. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis tilfældet. Der kan lige så vel være tale om blot en rent intern omstruktureringsforanstaltning med henblik på f.eks. at gøre udførelsen af tjenesteydelserne mere effektiv som følge af lavere omkostninger eller gennemføre mere fleksible arbejdsretlige bestemmelser for de ansatte, uden at den pågældende myndighed dermed nødvendigvis har til hensigt samtidig at give afkald på selv at opfylde sine opgaver. På grund af de regnskabsbestemmelser, der finder anvendelse, kan valget af selskabsformerne aktieselskab eller selskab med begrænset ansvar desuden

68. Instruktions- eller tilsynsbeføjelser af denne art udgør uden tvivl undtagelsen i forholdet til offentlige virksomheders ledelsesorganer, i hvert fald når disse er organiseret som et aktieselskab eller et selskab med begrænset ansvar. Hvis man således krævede, at den offentligretlige ejer har samme *juridiske* muligheder for indflydelse over for sin medkontrahent som over for sine egne

medføre en ønskværdig øget gennemsigthed⁵³.

70. Hvis bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter også anvendtes på retshandler mellem ordregivende myndigheder og deres 100%-ejede datterselskaber, ville den privatretlige selskabsform aktieselskab eller selskab med begrænset ansvar for fremtiden ikke længere kunne anvendes med henblik på en ren intern omstrukturering. Den pågældende myndighed ville i så fald i det væsentlige kun have valget mellem at privatisere sine opgaver⁵⁴ eller at lade opgaverne opfylde internt af tjenestegrene i forvaltningen eller særlige virksomheder, der er integreret i forvaltningshierarkiet og ikke har nogen nævneværdig selvstændighed. Eksisterende datterselskaber ville endog i visse tilfælde igen blive omdannet til særlige virksomheder.

71. Et så vidtrækkende indgreb i medlemsstaternes organisationsbeføjelse og navnlig i

53 — Jf. navnlig artikel 2 ff. i direktiv 68/151 samt artikel 2 og 47 i Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25.7.1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer, EFT L 222, s. 11.

54 — En offentligt kontrolleret virksomhed i form af et aktieselskab eller et selskab med begrænset ansvar ville i givet fald som én blandt flere potentielle bydende skulle indgive ansøgning om at komme i betragtning til den pågældende kontrakt eller den pågældende koncession.

mange kommuners selvstyre⁵⁵ er imidlertid slet ikke nødvendigt — heller ikke i henseende til den markedsåbner-funktion, som bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter har. Disse bestemmelser har nemlig til formål at sikre en gennemsigtig og ikke-diskriminerende udvælgelse af medkontrahenter i alle de tilfælde, hvor den offentlige myndighed har besluttet at opfylde sine opgaver ved hjælp af tredjemand. Formålet med bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter er derimod ikke en privatisering »ad bagdøren« af også sådanne offentlige opgaver, som den offentlige myndighed fortsat ønsker at opfylde gennem anvendelse af egne ressourcer⁵⁶, idet dette snarere kræver konkrete liberaliseringsforanstaltninger fra lovgiverens side⁵⁷.

72. Under alle omstændigheder antyder retspraksis i Teckal-sagen med formulerin-

55 — Der kan i denne henseende henvises til den europæiske konvention om lokalt selvstyre af 15.10.1985 (European Treaty Series nr. 122), som de fleste medlemsstater har ratificeret inden for rammerne af Europarådet. I henhold til artikel 6, stk. 1, heri skal de lokale myndigheder »selv kunne bestemme deres interne administrative struktur med henblik på at tilpasse den til lokale behov og for at sikre en effektiv forvaltning.« Betydningen af det lokale selvstyre understreges endvidere, idet det udtrykkeligt er nævnt i artikel I-5, stk. 1, i traktaten om en forfatning for Europa (undertegnet i Rom den 29.10.2004, EUT C 310, s. 1).

56 — Jf. i denne henseende tillige punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

57 — I denne forbindelse henvises til f.eks. liberaliseringsforanstaltningerne i telekommunikationssektoren, jf. senest Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16.9.2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, EFT L 249, s. 21. Jf. desuden det ændrede forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om medlemsstaternes håndtering af krav om offentlig service og indgåelse af kontrakter om offentlig service inden for personbefordring med jernbane og ad vej og indre vandveje, KOM(2002) 107 endelig, EFT C 151 E, s. 146.

gen »en kontrol, der svarer til [...]«⁵⁸, at mulighederne for indflydelse på egne tjenestegrene og på offentlige virksomheder ikke nødvendigvis skal være identiske. Det er ikke afgørende for, om en virksomhed skal side-stilles med en del af en administrativ myndighed eller tværtimod med andre erhvervsdrivende, om den offentlige myndighed *formelt set* har samme *juridiske* muligheder for indflydelse som på sine egne tjenestegrene, f.eks. en instruktionsbeføjelse i det enkelte tilfælde. Det afgørende er derimod, om den ordregivende myndighed *faktisk* til enhver tid har mulighed for i den pågældende virksomhed fuldt ud at tage hensyn til de almene formål, der forfølges. Kun hvis en virksomhed i virkeligheden er så selvstændig (autonom)⁵⁹, at den ordregivende myndighed ikke længere fuldt ud kan gøre sine interesser gældende inden for denne virksomhed, kan der ikke længere være tale om en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

73. Denne interesseorienterede synsvinkel fremgår særlig klart i Stadt Halle-dommen⁶⁰, hvor der i forbindelse med fortolkningen af det første Teckal-kriterium navnlig henvises til *forfølgelsen af almene formål*. I henhold til Stadt Halle-dommen er kravet om forfølgelse af disse almene formål afgørende for, hvilke indflydelsesmuligheder den offentlige myn-

dighed faktisk behøver at have over for sine tjenestegrene⁶¹.

74. Hvad angår disse faktiske indflydelsesmuligheder gælder det, der er anført i punkt 53 i dette forslag til afgørelse, tilsvarende: Har en privat tredjemand en kapitalandel i en virksomhed, også selv om dette kun er en minoritetsandel, kan hensynet til dennes økonomiske interesser afholde den offentlige myndighed fra at forfølge almene formål fuldt ud, selv om dette rent juridisk er muligt. Er den ordregivende myndighed derimod eneaktionær i datterselskabet, kan myndighedens og datterselskabets interesser normalt anses for i det væsentlige at være sammenfaldende, selv hvis datterselskabet er organiseret som et aktieselskab eller et selskab med begrænset ansvar. Navnlig får eneaktionæren i økonomisk henseende 100% del i overskuddet og kan alene beslutte, hvordan dette skal anvendes.

75. Er det imidlertid ikke nødvendigt at tage hensyn til en privat tredjemands økonomiske interesser, fordi den offentlige myndighed ejer 100% af kapitalandelene, er forfølgelsen af almene formål i selskabet i tilstrækkelig grad allerede, og også uden en instruktionsbeføjelse i teknisk henseende, sikret gennem de muligheder, som selskabsretten giver, navnlig som følge af, at repræsentanterne i selskabets organer udelukkende er udnævnt

58 — Min fremhævelse. I modsætning til de fleste andre sprogversioner af Teckal-dommen mangede udtrykket »der svarer til« (»ähnlich«) i den tyske version. Denne mangel blev afhjulpet i Stadt Halle-dommen.

59 — I Teckal-dommen, nævnt i fodnote 2, præmis 51, fremhæves i denne henseende, at virksomheden »selvstændigt [...] træffer beslutninger« i forhold til den ordregivende myndighed (i den franske sprogversion anvendes adjektivet *autonome* og på processproget italiensk adjektivet *autonomo*).

60 — Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 50.

61 — Ordret hedder det i Stadt Halle-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 50: »[F]orholdet mellem en offentlig myndighed, som er en ordregivende myndighed, og dets egne tjenestegrene styres af hensyn og krav, som tjener forfølgelsen af almene formål.«

af den offentlige myndighed. Det forekommer yderst usandsynligt, at disse organer, som normalt desuden er kendetegnet ved tætte personforbindelser til den offentlige myndighed, i forbindelse med den daglige ledelse i en sådan grad afviger fra opfattelserne hos den myndighed, der har udnævnt dem, at forfølgelsen af almene formål bringes i fare. De pågældende personer risikerer i så fald at blive afsat eller i hvert fald ikke at blive genudnævnt.

76. Af den blotte omstændighed, at et selskab som Stadtwerke Brixen AG er et aktieselskab, hvis organer har vidtrækkende beføjelser i forbindelse med den daglige ledelse, kan det således under ingen omstændigheder sluttes, at dette selskab er selvstændigt i forhold til sin offentligretlige ejer, og at denne ikke længere udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

b) Andet Teckal-kriterium: Hovedparten af medkontrahentens virksomhed udføres for den eller de offentligretlige ejere

77. Ifølge det andet Teckal-kriterium forudsætter sidestillingen med en intern aftale desuden, at den ordregivende myndigheds medkontrahent udfører hovedparten af sin

virksomhed for den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af.

78. I forelæggelseskendelsen har den forelæggende ret kun citeret bestemmelserne i Stadtwerke Brixen AG's vedtægter. Ifølge disse omfatter dette selskabs materielle aktivitetsområde en lang række aktiviteter, som i det væsentlige hører under forsyningsvirksomhed og kan udøves på lokalt, nationalt og internationalt plan⁶².

79. Sådanne vedtægtsbestemmelser har imidlertid ringe betydning. For det første er det nemlig ikke sjældent, at vedtægtsbestemmelser er kendetegnet ved en meget bred formulering, som ikke nødvendigvis kun skal dække selskabets nuværende, men også eventuelle fremtidige aktiviteter. For det andet kan selv vedtægtsmæssige *begrænsninger* af et aktieselskabs aktivitetsområde ikke påberåbes over for tredjemand⁶³ — i vedtægterne fastsætter selskabets aktionærer kun indadtil de rammer, inden for hvilke dets virksomhed kan udøves.

80. Hvis man således anså det normalt forholdsvis omfattende aktivitetsområde, som rent juridisk (ifølge loven og selskabets

62 — Jf. i denne henseende punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

63 — Artikel 9, stk. 1 og 2, i direktiv 68/151.

vedtægter) er tilladt for et aktieselskab eller et selskab med begrænset ansvar, for at være afgørende, ville sådanne virksomheder praktisk talt aldrig kunne opfylde det andet Teckal-kriterium. Ordregivende myndigheder ville i så fald inden indgåelsen af kontrakter med deres datterselskaber altid skulle overholde bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, såfremt disse datterselskaber var organiseret som aktieselskaber eller selskaber med begrænset ansvar. Dette ville gøre det langt mindre attraktivt at vælge selskabsformen aktieselskab eller selskab med begrænset ansvar⁶⁴. Et så vidtrækkende indgreb i medlemsstaternes organisationsbeføjelse og navnlig i mange kommuners selvstyre er ikke nødvendigt i henseende til den markedsåbner-funktion, som bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter har.

81. Det er derimod tilstrækkeligt at tage udgangspunkt i den pågældende virksomheds *faktiske aktiviteter*⁶⁵. Uafhængigt af en virksomheds retlige organisationsform giver dens faktiske aktiviteter nemlig bedst oplysning om, hvorvidt denne virksomhed optræder som andre virksomheder på markedet eller er så stærkt integreret med den offentlige myndighed, at kontrakter mellem den og den ordregivende myndighed kan sidestilles med interne aftaler og derfor begrundet en undtagelse fra bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter.

64 — Jf. i denne henseende tillige punkt 68-71 i dette forslag til afgørelse.

65 — Også generaladvokat Stix-Hackl understreger i punkt 83 i sit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen, nævnt i fodnote 3, at det er den faktiske virksomhed, der er af betydning, og ikke den virksomhed, der er mulig i henhold til loven eller selskabsvedtægterne.

82. I denne forbindelse skal det tages i betragtning, at en undtagelse fra bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter ifølge det andet Teckal-kriterium allerede er mulig, hvis den pågældende virksomhed udfører *hovedparten* af sin virksomhed for den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af. Det er således uden følger, hvis der udføres aktiviteter for tredjemand, såfremt disse kun er af underordnet betydning.

83. For at kunne foretage en vurdering heraf er det som allerede nævnt indledningsvis nødvendigt at foretage en samlet vurdering af alle faktiske omstændigheder i det enkelte tilfælde. For at en aftale kan udgøre en intern aftale, skal den ordregivende myndigheds medkontrahent i såvel *kvantitativ* som *kvantitativ* henseende udføre hovedparten af sin virksomhed for den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af⁶⁶. Et første kriterium i denne henseende kan være den andel af omsætningen, som denne virksomhed opnår af ordrer fra sine offentligretlige ejere. Har en virksomhed — som f.eks. Stadtwerke Brixen AG — flere aktivitetsområder, skal det endvidere undersøges, på hvor mange af disse aktivitetsområder virksomheden udfører hovedparten af sin virksomhed for offentligretlige ejere, og hvilken betydning

66 — Dette gav generaladvokat Stix-Hackl også udtryk for i punkt 89 i sit forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen, nævnt i fodnote 3.

disse aktivitetsområder hver især har for virksomheden ⁶⁷.

c) Foreløbig konklusion

86. Sammenfattende gælder således følgende:

84. Det er ligeledes nødvendigt at foretage en indgående undersøgelse af den geografiske aktionsradius for virksomheder som Stadtwerke Brixen AG. Alene den omstændighed, at en kommunal offentlig virksomhed udøver eller kan udøve aktiviteter uden for en kommunes grænser, udelukker ikke nødvendigvis, at den udfører *hovedparten af sin virksomhed for denne kommune*. Det vil derimod være nødvendigt at undersøge, hvilken betydning i kvantitativ og kvalitativ henseende aktiviteter, som virksomheden eventuelt udøver uden for kommunegrænserne, har i forhold til den virksomhed, den udfører for sin offentligtretlige ejer eller ejere.

Overdrager en kommune uden forudgående udbud driften af en offentlig betalingsparkeringsplads til et aktieselskab, hvori den er eneaktionær, er dette ikke i strid med artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF, såfremt kommunen underkaster dette aktieselskab en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og dette aktieselskab udfører hovedparten af sin virksomhed for kommunen.

85. Alene den omstændighed, at det aktivitetsområde, som er fastsat i vedtægterne for et aktieselskab som Stadtwerke Brixen AG, i materiel henseende er omfattende og i geografisk henseende også tillader aktiviteter uden for kommunegrænserne, udelukker under ingen omstændigheder, at dette aktieselskab faktisk udfører hovedparten af sin virksomhed for den kommune, det ejes af.

Det er ikke udelukket, at kommunen udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, blot fordi kommunen har en lovbestemt forpligtelse til inden for en bestemt frist at give tredjemand adgang til at erhverve kapitalandele i dette selskab, eller fordi dette aktieselskabs organer har vidtrækkende beføjelser i forbindelse med den daglige ledelse.

Det er ikke udelukket, at hovedparten af virksomheden udføres for kommunen, blot fordi aktieselskabets mulige aktivitetsområde i henhold til vedtægterne er omfattende i såvel materiel som geografisk henseende, da det er den faktiske virksomhed, der er af betydning.

67 — I en sag som den foreliggende vil det f.eks. også være nødvendigt at undersøge, hvilken betydning de nye arbejdsområder, som Stadtwerke Brixen AG fik tildelt i vedtægterne foruden den tidligere særlige virksomhed (dvs. edb og telekommunikation), har for virksomhedens aktiviteter, og på hvis vegne virksomheden udøver sine aktiviteter i denne henseende.

VI — Forslag til afgørelse

87. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, stillede præjudicielle spørgsmål således:

- »1) Der er ikke tale om en offentlig tjenesteydelsesaftale som omhandlet i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, men om en tjenesteydelseskoncession, der ikke er omfattet af dette direktiv, når en ordregivende myndighed overdrager driften af en offentlig parkeringsplads til en erhvervsdrivende og denne erhvervsdrivende må opkræve en afgift hos brugerne af parkeringspladsen og til gengæld forpligter sig til at betale den ordregivende myndighed en årlig godtgørelse.
- 2) Overdrager en kommune uden forudgående udbud driften af en offentlig betalingsparkeringsplads til et aktieselskab, hvori den er eneaktionær, er dette ikke i strid med artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF, såfremt kommunen underkaster dette aktieselskab en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og dette aktieselskab udfører hovedparten af sin virksomhed for kommunen.

Det er ikke udelukket, at kommunen udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, blot fordi kommunen har en lovbestemt forpligtelse til inden for en bestemt frist at give tredjemand adgang til at erhverve kapitalandele i dette selskab, eller fordi dette aktieselskabs organer har vidtrækkende beføjelser i forbindelse med den daglige ledelse.

Det er ikke udelukket, at hovedparten af virksomheden udføres for kommunen, blot fordi aktieselskabets mulige aktivitetsområde i henhold til vedtægterne er omfattende i såvel materiel som geografisk henseende, da det er den faktiske virksomhed, der er af betydning.«