FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

föredraget den 15 juni 2000 *

1. Ett flertal österrikiska myndigheter har, med tillämpning av den nationella lagstiftningen om vattenkvalitet, inlett ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster avseende provtagningar och analyser av vattenprover från österrikiska sjöar och floder.

2. Grunden för den tvist som har föranlett den österrikiska domstolen att begära förhandsavgörande beträffande vissa tolkningsfrågor utgörs av frågan huruvida organ som erhåller subventioner får delta i upphandlingsförfarandet vid sidan av rent privata anbudssökande.

I huvudsak gäller dessa frågor huruvida ett offentligt upphandlingsförfarande av tjänster i vilket organ som erhåller subventioner tillåts delta, vilka har samma nationalitet som den upphandlande myndigheten samt sitt säte på den aktuella medlemsstatens territorium, är förenligt med gemenskapsrätten.

3. De frågor som den omtvistade anbudsinfordran väcker berör likabehandlingsprincipen i två hänseenden.

Frågan är om det faktum att man tillåter organ som erhåller subventioner att lämna anbud strider mot principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet eller, i vart fall, utgör ett hinder mot den fria rörligheten för tjänster, under förutsättning att alla dessa organ är österrikiska.

Även om man skulle utgå från att den fria rörligheten inte inskränks, återstår frågan huruvida det är förenligt med målsättningen om en effektiv konkurrens som återfinns i direktiv 92/50/EEG, [1] att de organ som mottar offentliga medel erhåller en fördel gentemot övriga anbudssökanden.

* Originalspråk: franska.

1 — Rådets direktiv av den 18 juni 1992 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), nedan kallat direktivet.

I — Direktivet

4. Avsikten med direktivet är att samordna förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster. På detta vis bidrar direktivet till att stegvis etablera en inre marknad, definierad som ett område utan inre gränser med garanterad fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. [2]

5. Direktivet utgör ett medel att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster. [3] Direktivet är motiverat av behovet att förbättra tjänsteleverantörernas tillträde till anbudsförfarandena, i syfte att undanröja sådan praxis som är allmänt konkurrensbegränsande och i synnerhet begränsar kontraktsdeltagande för medborgare i andra medlemsstater. [4]

6. I artikel 3, punkterna 1 och 2, föreskrivs följande:

"1) De upphandlande myndigheterna skall tillämpa förfaranden som uppfyller bestämmelserna i detta direktiv, då de ingår offentliga upphandlingskontrakt eller organiserar formgivningstävlingar.

2) De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer."

7. I artikel 6 finns ett undantag från tillämpningen av direktivet. Artikeln stadgar:

"Detta direktiv skall inte tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster som tilldelas ett organ som självt är en upphandlande myndighet enligt artikel 1 b genom en ensamrätt som det åtnjuter enligt utfärdade lagar eller andra författningar som överensstämmer med fördraget."

8. I artikel 37 i direktivet anges vissa skyldigheter som den upphandlande myndigheten skall följa när den avser att förkasta orimligt låga anbud. Första stycket i artikel 37 är formulerat enligt följande:

"Om anbudssummor för ett visst kontrakt förefaller vara orimligt låga i förhållande till den tjänst som skall presteras, skall de upphandlande myndigheterna innan de förkastar sådana anbud kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuden de anser vara betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommit."

2 — Första och andra övervägandena.
3 — Sjätte övervägandet.
4 — Tjugoförsta övervägandet.

II — Bakgrund och förfarandet vid den nationella domstolen

9. Inom ramen för den indirekta förbundsförvaltningen sluter Ämter der Landesregierungen (myndigheterna under delstatsregeringarna) i delstaterna Salzburg, Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark, Kärnten, Tyrolen och Burgenland samt Landeswasserbauamt Vorarlberg (delstatsvattenmyndigheten), för att genomföra Wassergüte-Erhebungsverordnung [5] (förordning om vattenkvalitetskontroll), tjänsteavtal avseende provtagningar och analyser av vatten under observationsåren 1998/1999 och 1999/2000, varvid myndigheterna använder sig av öppna upphandlingsförfaranden.

10. ARGE Gewässerschutz, [6] en sammanslutning för företag och civiltekniker och andra organisationer, bland annat Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH [7] och Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH [8], gav in anbud inom ramen för dessa förfaranden.

11. Enligt ARGE medförde de subventioner som de sistnämnda anbudsgivarna hade mottagit att de åtnjöt konkurrensmässiga fördelar och att hinder skapades för rörligheten mellan medlemsstaterna, varför ARGE utverkade att ett medlingsförfarande påbörjades vid Bundes-Vergabekontrollkommission med tillämpning av Bundesvergabegesetz (förbundslag om offentlig upphandling).

12. Bundes-Vergabekontrollkommission ansåg att förbundslagen inte utgör hinder för att organ som får statliga subventioner eller institutioner som lyder under offentlig rätt, såsom forskningsorgan eller universitetsinstitut, deltar i ett upphandlingsförfarande på samma gång som "rent privata" anbudsgivare.

13. ARGE begärde omprövning av beslutet vid Bundesvergabeamt.

III — Tolkningsfrågorna

14. Bundesvergabeamt bedömde att lösningen på tvisten var beroende av hur gemenskapsrätten tolkas och beslutade att begära ett förhandsavgörande beträffande följande tolkningsfrågor:

"1) Strider ett beslut av en upphandlande myndighet, att i ett upphandlingsförfarande låta organ delta som antingen av nämnda myndighet själv eller av andra upphandlande myndigheter erhåller

5 — BGBl. 1991, s. 338.
6 — Nedan kallat ARGE.
7 — Nedan kallat forskningscentret Seibersdorf.
8 — Nedan kallat forskningsorganet Arsenal.

subventioner, oavsett av vilket slag, vilka gör det möjligt för dessa organ att i ett anbudsförfarande lämna anbud som är betydligt lägre än anbuden från konkurrenter som bedriver näringsverksamhet, mot principen om att alla anbudssökande och anbudsgivare skall behandlas lika i ett anbudsförfarande?

2) Utgör ett beslut av en upphandlande myndighet att låta nämnda organ delta i ett upphandlingsförfarande en dold diskriminering, när de organ som erhåller nämnda subventioner utan undantag är bildade enligt landets egen rätt eller när nämnda organ har sitt säte i den medlemsstat i vilken även den upphandlande myndigheten är belägen?

3) Utgör ett beslut av en upphandlande myndighet att låta nämnda organ delta i ett upphandlingsförfarande — även om det antas att beslutet inte innebär en diskriminering av övriga anbudssökande och anbudsgivare — en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som strider mot bestämmelserna i EG-fördraget, särskilt artikel 59 och följande artiklar?

4) Får den upphandlande myndigheten ingå kontrakt med sådana organ som helt eller till övervägande del ägs av det allmänna och vars verksamhet helt eller till övervägande del bedrivs för den upphandlande myndighetens eller för andra statliga organs räkning, utan att genomföra ett anbudsförfarande enligt direktiv 92/50/EEG i vilket nämnda organ konkurrerar med anbudssökande som bedriver näringsverksamhet?"

IV — Inledande synpunkter

15. De tre första tolkningsfrågorna rör, som nämnts, principen om likabehandling, både vad gäller diskriminering på grund av nationalitet (den andra och den tredje frågan) och diskriminering mellan anbudsgivare som mottar subventioner och andra anbudsgivare (den första frågan).

16. Den fjärde frågan rör den personkrets som omfattas av direktivet. Det är fråga om direktivet är tillämpligt på kontrakt avseende tjänster mellan en upphandlande myndighet och ett företag som är direkt beroende av en myndighet som lyder under offentlig rätt, då myndigheten både är den huvudsakliga ägaren till företaget och den huvudsakliga mottagaren av företagets tjänster.

17. Det är lämpligt att först granska den andra och den tredje frågan i ett sammanhang eftersom båda avser bestämmelser i fördraget, nämligen artikel 59 i EG-för-

draget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) och följande artiklar, rörande principen om fri rörlighet för tjänster.

18. Jag skall sedan granska den fjärde tolkningsfrågan, som rör direktivets tillämpningsområde, och därefter den första frågan som gäller principen om likabehandling av anbudsgivare, såsom den formulerats i direktivet.

V — Förekomsten av hinder för den fria rörligheten för tjänster (den andra och den tredje tolkningsfrågan)

19. Genom dessa frågor vill Bundesvergabeamt få reda på om artikel 59 och följande artiklar i fördraget skall tolkas på så sätt att ett beslut av en upphandlande myndighet, att tillåta deltagandet i en offentlig upphandling av organ som får statliga subventioner som gör det möjligt för dem att lämna anbud som är betydligt lägre än anbuden från övriga konkurrenter, när dessa organ utan undantag är hemmahörande i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen och har sitt säte i denna medlemsstat, strider mot dessa artiklar? [9]

9 — Även om den andra frågan rör organ som utan undantag är hemmahörande eller har sitt säte i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen, framgår det av motiveringen till begäran om förhandsavgörande att dessa kännetecken i detta fall är kumulativa och inte alternativa (sidan 11 i begäran om förhandsavgörande).

20. I artikel 59 första stycket i fördraget stadgas att "inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen gradvis [skall] avvecklas under övergångstiden för medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten".

21. Kraven i artikel 59 på en fri rörlighet för tjänster innebär att all diskriminering gentemot ett företag på grund av nationalitet [10], eller grundad på att företaget är etablerat i en annan medlemsstat än den där tjänsten skall tillhandahållas, skall undanröjas. [11]

22. Denna bestämmelse bekräftas genom artikel 60 tredje stycket i EG-fördraget (nu artikel 50 tredje stycket EG). Med tillämpning av principen om att nationell behandling skall gälla för den fria rörligheten för tjänster stadgas i artikeln att "den som tillhandahåller en tjänst tillfälligt [får]

10 — Tillerkännande av en "nationalitet" för juridiska personer, vilket möjliggör att de kan diskrimineras på grund av nationalitet, har sin grund i fördraget. I artikel 58 första stycket i EG-fördraget (nu artikel 48 första stycket EG), vilken är tillämplig på tjänster enligt artikel 66 i EG-fördraget (nu artikel 55 EG), stadgas: "Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna." Sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten tjänar härvid till att fastställa bolagens anknytning till en medlemsstats rättsordning, på samma sätt som nationaliteten är avgörande när det gäller fysiska personer (se bland annat dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros, REG 1999, s. I-1459, punkt 20).

11 — Dom av den 18 januari 1979 i de förenade målen 110/78 och 111/78, Van Wesemael m. fl. (REG 1979, s. 35; svensk specialutgåva 1979, s. 263), punkt 27.

utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls på samma villkor som landet uppställer för sina egna medborgare".

23. Den ifrågasatta åtgärden utgörs av att sådana organ som forskningscentret Seibersdorf och forskningsorganet Arsenal, som beskylls för att åtnjuta en otillbörlig konkurrensmässig fördel på grund av att de erhåller subventioner, tillåts delta i upphandlingsförfarandet. Båda har stark anknytning till den medlemsstat i vilken den upphandlande myndigheten är belägen eftersom båda har sitt säte i Österrike och lyder under österrikisk rätt. [12]

24. För att det inte skall föreligga tvetydigheter som kan påverka tolkningen av de frågor som ställts vill jag precisera att kriteriet rörande diskriminering som avses i den andra tolkningsfrågan inte rör den omständigheten att de organ som har fått subventioner har tillåtits delta i upphandlingsförfarandet. Den aspekten är föremål för den första frågan som skall behandlas nedan. Som jag nämnt ovan rör problemet den omständigheten att alla de organ som fått stöd är österrikiska, vilket gör att man skulle kunna misstänka att subventionerade organ från andra medlemsstater inte har tillåtits att ge in anbud.

25. Bundesvergabeamt har beträffande den frågan framfört hypotesen att det kan röra sig om dold diskriminering.

26. Det är förvisso så att likabehandlingsprincipen, som kommer till uttryck i artikel 59, inte bara förbjuder öppen diskriminering på grund av nationalitet utan även dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljningskriterier, i praktiken leder till samma resultat. [13]

27. Av denna hänvisning till den möjliga förekomsten av dold diskriminering sluter jag mig till att den nationella domstolen inte har tvivlat på att den omtvistade åtgärden inte innebär någon öppen diskriminering, eftersom det inte uppställs några villkor beträffande organens nationalitet eller etablering, oavsett om organen är subventionerade eller inte.

I avsaknad av villkor beträffande nationalitet eller etablering, av vilka rätten att ge in anbud är beroende, så skulle de österrikiska organen, eller organ som är belägna på det österrikiska territoriet, däremot åtnjuta en fördelaktig ställning om den omtvistade åtgärden innebar en åtskillnad i behandling mellan anbudsgivare genom tillämpning av ett villkor om *att endast de organ som är subventionerade av de österrikiska myndigheterna* skulle tillåtas delta i anbudsförfarandet.

12 — S. 11 i begäran om förhandsavgörande.

13 — Se till exempel dom av den 3 juni 1992 i mål C-360/89, kommissionen mot Italien (REG 1992, s. I-3401), punkt 11.

28. Såsom den österrikiska regeringen mycket riktigt har påpekat,[14] kan en nationell bestämmelse som förbehåller de organ som är subventionerade av de österrikiska myndigheterna rätten att delta i offentliga upphandlingsförfaranden utgöra ett hinder för den fria rörligheten för tjänster. I ett sådant fall döljer detta kriterium en särbehandling mellan de organ som är etablerade, även sekundärt, i Österrike, vilka är de enda som kan erhålla stöd från myndigheterna och de övriga organen. De utländska organ som erhåller subventioner kan inte utnyttja denna fördel för att konkurrera med de österrikiska organen i samma situation och öka deras chanser att erhålla kontrakt med den österrikiska upphandlande myndigheten.

29. Vare sig man prövar den omtvistade åtgärden med utgångspunkt i en eventuell förekomst av direkt diskriminering eller en dold sådan, blir svaret detsamma.

30. Det förefaller mig inte berättigat att, av det faktum att alla subventionerade organ som deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande är av samma nationalitet som den upphandlande myndigheten, dra slutsatsen att det aktuella förfarandets rättsenlighet nödvändigtvis påverkas av tillämpningen av diskriminerande villkor.

14 — S. 9 i dess skriftliga yttrande.

31. Icke-diskrimineringsprincipen innebär inte att det absolut måste finnas ett flertal organ av olika nationalitet representerade. Den kräver endast att det inte skall förekomma några hinder för utövandet av fri rörlighet för dessa organ beroende av deras hemvist inom gemenskapen.

32. Beslutet att tillåta deltagande av subventionerade organ av österrikisk nationalitet är inte tillräckligt för att konstatera att diskriminering föreligger på grund av nationalitet, de anbudssökandes etablering eller ursprunget av de subventioner som dessa organ uppbär.

33. För att så skulle vara fallet måste det visas att upphandlingsförfarandet, rättsligt eller faktiskt, innebär att en regel uppställs för organens rätt att delta i detta förfarande i form av krav på nationalitet eller säte på det österrikiska territoriet.

34. Vidare måste det fastställas att det krävs att de subventionerade organen uppbär sina subventioner från österrikiska myndigheter för att de skall tillåtas ge in anbud.

35. Även om det inte någonstans hänvisas till deltagande av anbudssökande som är av annan nationalitet, som har sitt säte i en annan medlemsstat eller som erhåller medel från någon annan myndighet än de österrikiska myndigheterna, förefaller det som förfarandet i fråga inte uppställer några villkor för att utestänga sådana organ.

36. Framför allt har det inte framkommit någon omständighet som medför att man kan misstänka att den omtvistade åtgärden innebär att villkor har uppställts rörande medel som uppbärs endast från österrikiska myndigheter. Med förbehåll för att Bundesvergabeamt bekräftar detta,[15] måste förekomsten av endast österrikiska subventionerade organ bero på omständigheter som ligger utanför den tillämpliga rätten och gällande praxis.

37. För det fall den nationella domstolen finner att det finns en bestämmelse av den karaktären, bör den ta konsekvenserna av detta vad gäller lagenligheten i upphandlingsförfarandet och undanröja denna regel som inte är förenlig med gemenskapsrätten.

38. I avsaknad av diskriminering som påverkar den omtvistade åtgärden är det svårt att i beslutet om vilka som skall tillåtas delta i upphandlingsförfarandet se en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster, eftersom den som kommer från en annan medlemsstat och erhåller subventioner från denna stat har rätt att ge in anbud på samma sätt som de andra organen.

39. Det kan alltså konstateras att artikel 59 och följande artiklar i fördraget skall tolkas på det sättet att de inte utgör hinder för en åtgärd som det aktuella beslutet i det föreliggande nationella målet, genom vilket en upphandlande myndighet i ett offentligt upphandlingsförfarande har låtit organ delta vilka erhåller offentliga subventioner, som gör det möjligt för dessa organ att lämna anbud som är betydligt lägre än anbuden från övriga anbudsgivare, även om samtliga dessa organ är hemmahörande i den medlemsstat i vilken den upphandlande myndigheten har sitt säte och de även har sina säten i denna medlemsstat, när det inte har uppställts något villkor rörande organens nationalitet, deras etablering eller rörande varifrån de subventioner som dessa organ, i förekommande fall, uppbär härrör från.

15 — Bundesvergabeamt har angett följande: "Det är visserligen tänkbart att det även i andra medlemsstater finns organ som får liknande tillskott i sin respektive hemstat och som deltar i upphandlingsförfarandet i fråga." (S. 14 i begäran om förhandsavgörande.) Denna möjlighet för utländska organ som mottar subventioner från behöriga myndigheter i sina medlemsstater, att delta i upphandlingsförfarandet räcker dock enligt den nationella domstolen inte för att eliminera hypotesen att det föreligger diskriminering på grund av nationalitet, de anbudssökandes hemvist eller ursprunget av de subventioner som dessa organ uppbär. Den nationella domstolen fastställer nämligen följande i samma stycke: "De kommersiella tjänsteföretagen från andra medlemsstater kunde eller behövde emellertid inte räkna med att de i upphandlingsförfarandet skulle stöta på österrikiska anbudsgivare som i förhållande till dem själva har ett stort kostnadsförsprång — på grund av tillskott som de får från österrikiska myndigheter." Genom detta avfärdar Bundesvergabeamt tydligen ett argument som kan utgöra stöd för att det inte förekommer någon inskränkning i den fria rörligheten för tjänster — möjligheten för utländska organ som mottar subventioner att ge in anbud på samma sätt som de österrikiska subventionerade organen — genom att stödja sig på omständigheter som inte berör denna problematik, nämligen sådana som rör åsidosättandet av principen att organen skall behandlas lika, oberoende av deras nationella ursprung, på grund av det faktum att subventionerade organ deltar. Jag kommer att granska det argumentet i samband med prövningen av den första frågan.

VI — Tillämpningsområdet för direktivet: tjänstekontrakt mellan en upphandlande myndighet och en tjänsteleverantör som är beroende av upphandlande myndigheter (fjärde tolkningsfrågan)

40. I den fjärde tolkningsfrågan ställer den nationella domstolen frågan om direktivet skall tolkas på så sätt att ett kontrakt avseende tjänster mellan en upphandlande myndighet och en tjänsteleverantör faller inom direktivets tillämpningsområde, när, å ena sidan, den senare huvudsakligen ägs av en upphandlande myndighet och, å andra sidan, de tjänster som den senare tillhandahåller huvudsakligen tas i anspråk av upphandlande myndigheter, däribland den som äger tjänsteleverantören.

41. Bundesvergabeamt framhåller möjligheten att avtalsmässiga förhållanden mellan en upphandlande myndighet och organ som helt och hållet ägs av myndigheten och som tillhandahåller alla sina tjänster till den upphandlande myndigheten, inte bör omfattas av direktivet. Bundesvergabeamt menar emellertid att dessa villkor vore för restriktiva och att en upphandlande myndighet och en leverantör kan vara funktionellt bundna vid varandra, även om den upphandlande myndigheten inte helt och hållet äger leverantören och leverantörens tjänster inte helt och hållet tas i anspråk av den upphandlande myndigheten. Även i detta fall motiverar närheten mellan den upphandlande myndigheten och detta organ att deras avtalsförhållande faller utanför direktivets tillämpningsområde.

A — *Upptagande till sakprövning*

42. Liksom ARGE och den österrikiska regeringen har framhållit i sina skriftliga inlagor, kan man diskutera frågan om talan skall upptas till sakprövning. Det framgår nämligen inte av begäran om förhandsavgörande att direktivets tillämpning på upphandlingsförfarandet har ifrågasatts vid den österrikiska domstolen.

43. Det ankommer uteslutande på den nationella domstolen vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen kan endast avvisa en fråga som en nationell domstol har ställt om det är uppenbart att den begärda tolkningen av en gemenskapsrättslig regel inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, eller om domstolen inte förfogar över de uppgifter om de faktiska och rättsliga förhållanden som är nödvändiga för att frågorna skall kunna besvaras på ett ändamålsenligt sätt. [16]

44. Man kan emellertid inte påstå att tillämpningsområdet för direktivet är utan betydelse för tvisten vid den nationella

16 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-275/98, Unitron Scandinavia och 3-S (REG 1999, s. I-8291), punkt 18.

domstolen. Om det skulle framkomma att sådana organ som de två subventionerade anbudsgivarna faller utanför tillämpningsområdet för direktivet, kan man inte *a priori* utesluta att den nationella domstolen, med tillämpning av det gällande nationella förfarandet och inom de gränser som uppställs för detta, härav drar en slutsats som kan bidra till att lösa tvisten, till exempel genom att *ex officio* ersätta den regel som härrör från direktivet med andra regler.

45. Såsom vi skall se är för övrigt uppgifterna i akten tillräckligt precisa för att möjliggöra att man kan fastställa de principer som den nationella domstolen bör följa för att avgöra den nationella tvisten.

46. Det är därför som jag anser det nödvändigt att svara på den fråga som har ställts, grundat på de föreliggande omständigheterna, utan att ta hänsyn till det faktum att det, baserat på uppgifterna i akten inte förefaller finnas något argument som ifrågasätter den rättsliga ram som har beslutats vad gäller den upphandlande myndighetens val av en tjänsteleverantör.

47. Det bör således prövas om direktivet är tillämpligt i det aktuella fallet.

B — *Prövning i sak*

48. I det åttonde övervägandet i direktivet stadgas följande: "Detta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom." Det följer av artikel 1 a att offentliga tjänsteavtal, i den betydelse som avses i direktivet och med undantag av vissa kontrakt, är skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet.

49. Det rättsliga förhållandet av avtalsmässig karaktär som binder samman tjänsteleverantören och mottagaren av tjänsten förutsätter närvaron av två juridiska personer vilka som sådana besitter kapaciteten att frivilligt kunna ingå avtal. Vidare skall tjänsteleverantören uppvisa vissa drag som vittnar om att den i sin ekonomiska aktivitet agerar på ett tillräckligt självständigt sätt i förhållande till den offentliga myndighet som stödjer den.

Med andra ord, såsom generaladvokat Cosmas klart har uttryckt det i sitt förslag till avgörande i målet Teckal,[17] är det nödvändigt att den som ingår avtal med den upphandlande myndigheten *faktiskt har ställning av utomstående* i förhållande

17 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98 (REG 1999, s. I-8121), punkt 53 och följande punkter.

till den senare, det vill säga det skall röra sig om en person som är skild från den upphandlande myndigheten. Han tillägger att gemenskapsrätten, vad gäller offentliga kontrakt avseende varor,[18] "[inte ålägger] de upphandlande myndigheterna att iaktta förfarandet som garanterar en effektiv konkurrens mellan de berörda parterna i det fall då myndigheterna i fråga själva vill ombesörja leveransen av de produkter de behöver".

50. Av detta följer att tjänster som kan benämnas "in house", vilket avser tjänster som tillhandahålls en offentlig myndighet internt eller av leverantörer som är beroende av myndigheten, även om de är organisatoriskt åtskilda, inte faller inom tillämpningsområdet för direktivet.[19]

51. I domen i det ovannämnda målet Teckal ställdes domstolen inför frågan om det faktum att en lokal myndighet anförtror en sammanslutning, vari myndigheten själv ingår, att tillhandahålla varor innebär att ett anbudsförfarande enligt direktiv 93/36 skall äga rum.

52. Utöver granskningen av vissa rättsliga villkor för att fastställa tillämpningen av denna text, såsom i vilken utsträckning den regionala eller lokala myndigheten kan sägas utgöra en upphandlande myndighet eller förekomsten av skriftliga avtal med ekonomiska villkor, analyserade domstolen förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och avtalspartnern.

53. Direktiv 93/36 är i likhet med det aktuella direktivet tillämpligt när en upphandlande myndighet avser att sluta ett avtal med ett organ. Domstolen framhöll vid prövningen av frågan om ett avtal verkligen existerar mellan två faktiskt åtskilda organ att det: "i princip [är] tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person".[20] Domstolen preciserade emellertid följande: "Endast i det fall att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar *en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.*"[21]

54. Dessa grundläggande kriterier är grundade på idén att det organ som den upphandlande myndigheten har ingått ett kontrakt med faktiskt är självständigt. Det framgår av domen i det ovannämnda målet Teckal att organet skall vara en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet för att direktivet skall vara tillämpligt.[22]

18 — Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

19 — Se även förslag till avgörande av generaladvokat Alber i dom av den 9 september 1999 i mål C-108/98, RI.SAN. (REG 1999, s. I-5219), punkt 46 och följande punkter.

20 — Domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50.

21 — Ibidem, min kursivering.

22 — Ibidem, punkt 51.

55. Man kan beklaga att dessa kriterier inte är mer preciserade. Förekomsten av en åtskild enhet kan lätt fastställas och enheten identifieras, eftersom det räcker med att konstatera att organet har en annan rättslig form än den upphandlande myndigheten. Graden av enhetens självständighet är däremot inte enkel att fastställa. Tveksamhet uppkommer framför allt inför frågorna avseende karaktären av den kontroll som myndigheten utövar över ett rättsligt åtskilt organ eller avseende fastställandet av den nivå från vilken man skall utgå när man kan konstatera att organet utövar den huvudsakliga verksamheten för den offentliga myndighetens räkning av vilken organet är beroende.

56. Man måste emellertid komma ihåg att ett stort antal parametrar är användbara för att bedöma ett organs faktiska självständighet. Men i den mån den nationella domstolen ensam känner till de faktiska och rättsliga omständigheter som kan bidra till en lösning av den tvist som domstolen skall avgöra, och när det ankommer på den nationella domstolen att tillämpa gemenskapsrätten i den nationella tvisten, är den nationella domstolen bättre skickad att uttala sig med all önskvärd precision om den handlingsfrihet som ett sådant organ har i sin verksamhet, i förhållande till den upphandlande myndigheten.

57. De nära förhållanden som råder mellan å ena sidan forskningscentret Seibersdorf och forskningsorganet Arsenal och å andra sidan de österrikiska offentliga myndigheterna måste hur som helst analyseras i enlighet med dessa principer. Det kommer sålunda att vara möjligt att fastställa om det föreligger ett sådant beroende som motiverar att tillhandahållandet av provtagningstjänster och analys av vattenkvaliteten kan anförtros dem utan att det är nödvändigt att iaktta bestämmelserna i direktivet.

1. Den upphandlande myndighetens kontroll

58. För att ett avtal inte skall falla inom tillämpningsområdet för direktivet, måste det, såsom sagts, fastställas att myndigheten utövar en kontroll över organet i fråga vilken är jämförbar med den som utövas över den egna förvaltningen. [23]

59. Så fort den upphandlande myndigheten innehar kontroll över ett organ, jämförbar med den som utövas över den egna förvaltningen, kommer uppdragen som kan tänkas anförtros till organet inte att ses på annat sätt än helt enkelt som en delegering av dessa uppdrag inom myndigheten. Myndighetens kapacitet att påverka hur leverantören fungerar och den avsaknad av självständighet för leverantören som blir följden, medför att inget faktiskt avtal existerar mellan myndigheten och tjänsteleverantören.

60. Enligt Bundesvergabeamt ägs forskningsorganen huvudsakligen av den österrikiska staten eller av en delstat. Deras ledningsorgan är antingen utsedda av den offentliga myndighet som äger dem eller underställda en sådan offentlig myndig-

23 — Ibidem, punkt 50.

het. [24] ARGE har däremot inte anfört att en delstat är ägare. ARGE har framhållit att republiken Österrike äger forskningscentret Seibersdorf till 50,5 procent, medan återstående 49,5 procent tillhör privata företag. Vad gäller forskningsorganet Arsenal ägs det av republiken Österrike till 100 procent. [25]

Det ankommer på den nationella domstolen att granska den bevisning som har lagts fram. För min del utgår jag från en hypotes enligt vilken staten som minst är majoritetsägare, i enlighet med vad som har anförts av ARGE.

61. Vad gäller forskningsorganet Arsenal vill jag, i syfte att tillämpa den på det aktuella fallet, återge generaladvokaten Albers analys i dennes förslag till avgörande i det ovannämnda målet RI.SAN., vari sägs följande: "Den italienska statens 100-procentiga ägande tillåter dock den slutsatsen att företaget utgör en del av den italienska staten, utan en fullständig kännedom om [företagets] inre organisation." [26]

62. Situationen för forskningscentret Seibersdorf är mindre klar. Man bör bedöma graden av självständighet som detta organ kan bibehålla gentemot staten, trots att organet till övervägande del är offentligt ägt.

63. För att genomföra detta bör den nationella domstolen bedöma hur pass välgrundat uttalandet från ARGE är, enligt vilket detta organs åtgärder beslutas av dess privata ägare, trots att det till största delen är offentlig egendom. [27] Den nationella domstolen bör kontrollera antalet och karaktären av de poster som representanter för de privata organen innehar i de beslutsfattande organen i centret och ange i vilken grad denna fördelning av makten enligt gällande nationell rätt påverkar centrets ekonomiska planering.

64. Visserligen är detta tillvägagångssätt endast nödvändigt om den nationella domstolen, vid tillämpning av den nationella rätten, bedömer att det faktum att dessa organ själva har uppgett att de "helt eller till övervägande del ägs av det allmänna", [28] inte är tillräckligt för att garantera den faktiska kontroll som utövas av myndigheten över de organ som denna förfogar över.

24 — S. 11 i begäran om förhandsavgörande.

25 — S. 8 i dess skriftliga yttrande.

26 — Punkt 53.

27 — ARGE har gjort gällande följande: "De privata företagen som äger delar av ARGE innehar ett betydande antal poster i styrelsen eller i den rådgivande kommittén och är dominanta i ARGE." (S. 8 i dess skriftliga yttrande.)

28 — Fjärde tolkningsfrågan.

65. Det är hur som helst inte tillräckligt att visa att det rör sig om offentliga organ. För att kunna ge ett användbart svar till Bundesvergabeamt är det avgörande att försäkra sig om att den offentliga myndigheten som utövar kontroll över forskningsorganen i den nationella tvisten och den upphandlande myndigheten är ett och samma organ.

66. Det förbehåll som uttrycks i domen i det ovannämnda målet Teckal är grundat på den princip enligt vilken avsaknaden av självständighet hos ett organ i förhållande till den myndighet som äger organet medför att förekomsten av ett avtal mellan dessa två organ, även om de är rättsligt åtskilda, är omöjlig eller illusorisk. En förutsättning för att ett rättsligt förhållande skall falla utanför tillämpningen av direktivet är att det rör sig om ett sådant fall där den upphandlande myndigheten som begär att organet skall tillhandahålla olika tjänster, är densamma som den myndighet som utövar kontroll över organet, och inte en annan myndighet.

67. Ett avtalsmässigt förhållande mellan en offentlig myndighet och en tjänsteleverantör, där tjänsteleverantören inte är underordnad denna myndighet, utan ägs av en annan offentlig myndighet, faller å andra sidan in under tillämpningen av direktivet.

68. Enligt vad som framgår av uppgifterna i akten, förefaller det som om den huvudsakliga ägaren av de två forskningsorganen är republiken Österrike, medan den upphandlande myndigheten består av delstater och en lokal specialförvaltning (Landeswasserbauamt Vorarlberg).

Under dessa omständigheter åligger det Bundesvergabeamt att uttala sig om huruvida forskningscentret Seibersdorf och forskningsorganet Arsenal, även om dessa är fristående myndigheter, enligt nationell rätt är underställda en kontroll av de myndigheter som utgör den upphandlande myndigheten som är jämförbar med den som dessa myndigheter utövar över sin egen förvaltning.

69. Direktivet är tillämpligt om den nationella domstolens slutsatser medför att den kan konstatera att förhållandena mellan forskningsorganen och den upphandlande myndigheten innebär att ingen kontroll utövas av den sistnämnda, i den mening som avses i domen i det ovannämnda målet Teckal.

70. Om det förefaller som om den upphandlande myndigheten utövar en faktisk kontroll måste ytterligare frågor besvaras. Detta beror på att frågan huruvida den verksamhet som utövas av de aktuella organen kan kvalificeras som "in house"-tjänster inte endast är beroende av detta villkor. Endast konstaterandet att det föreligger ett strukturellt beroende av den offentliga myndigheten som företar en offentlig upphandling, är inte tillräckligt för att de tjänster som organen levererar skall anses jämförbara med dem som myndigheten förfogar över genom sina egna interna resurser.

71. Det är därför som man också måste ta i beaktande målet för den ekonomiska verksamhet som dessa organ utövar, i enlighet med domen i det ovannämnda målet Teckal.

2. Mottagaren av leverantörens tjänster

72. Det följer av domen i det ovannämnda målet Teckal att ett avtal inte kan anses ha slutits mellan två åtskilda personer när huvuddelen av ett organs verksamhet är avsedd för den myndighet eller de myndigheter som äger organet. [29]

73. Principen som uttrycks i denna dom grundar sig, såsom sagts, på kriteriet om organets självständighet. Ett organ är inte nödvändigtvis berövat sin frihet att agera endast på grund av att besluten som berör det fattas av myndigheten som äger det, om organet alltjämt kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet för andra organs räkning.

74. När det organisatoriska förhållandet som binder samman organet och den överordnade myndigheten i praktiken innebär en ensamrätt för myndigheten till de tjänster som organet tillhandahåller, måste organet däremot anses vara helt underställt myndigheten i fråga. Denna situation vittnar om en vilja hos myndigheten att inte endast använda tjänsterna för offentliga ändamål utan att också använda sig av dem till egen nytta.

75. Det är endast enligt denna hypotes som man kan upprätthålla idén om en administrativ förlängning av den offentliga myndigheten, vilket medger att myndigheten skall undantas från tillämpningen av konkurrensreglerna i direktivet i den mån myndigheten väljer att själv genomföra den ekonomiska verksamhet som den har behov av.

76. När ett organ huvudsakligen är verksamt för en offentlig myndighet som kontrollerar det, legitimerar ägandeförhållandet som binder samman dem de tjänster som den ena, såsom en intern enhet som är verksam för en institution, tillhandahåller den andra. Av detta följer att det förefaller berättigat att kraven i direktivet inte är tillämpliga på organet, då dessa är avsedda att bevara en konkurrens som i detta fall inte existerar.

77. Det är däremot mindre förståeligt att ett sådant organ, som stöds med offentliga medel, erbjuder andra organ eller myndigheter tjänster, utan att bestämmelser om offentliga kontrakt skulle vara tillämpliga när det agerar under förhållanden jämförbara med dem som gäller för andra ekonomiska organ. Organets offentliga karaktär och den offentliga bakgrunden är inte tillräckligt för att skilja det från andra tjänsteleverantörer, när det erbjuder samma slags tjänster med ett jämförbart kommersiellt perspektiv.

29 — Punkt 50.

78. Ett sådant organs varierande aktiviteter vittnar om dess särställning i förhållande till de interna enheter som finns inom myndigheten, en särställning som inte kan sägas utgöra endast ett organisatoriskt särdrag.

79. Följaktligen är grunderna för att skydda konkurrensen, av vilka de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling följer, gällande för ett sådant organ likväl som för andra tjänsteleverantörer.

80. På samma sätt skiljer sig inte en tjänsteleverantör som avser att ingå avtal med en annan myndighet än den myndighet leverantören lyder under från någon annan leverantör, vare sig från sina konkurrenters synvinkel eller från den offentliga myndighetens synvinkel som skall ingå avtalet. Eftersom ett sådant organ inte antas utgöra en förlängning av den upphandlande myndigheten härrör de tjänster som erbjuds myndigheten ur myndighetens synvinkel från en tredje part.

81. Även om den kontroll av tjänsteleverantören som utövas av den offentliga myndigheten som har för avsikt att ingå ett avtal utgör ett nödvändigt villkor för att leverantören skall anses tillhandahålla "in house"-tjänster, kan man se att detta inte är tillräckligt. Leverantörens verksamhet måste till största delen tillägnas den myndighet som den tillhör. Det följer av detta att, om leverantören ägnar sig åt kommersiell verksamhet, direktivet åter blir tillämpligt, om inte denna verksamhet endast utgör en marginell del av hela dess verksamhet.

82. I det aktuella fallet ägnar sig forskningscentret Seibersdorf och forskningsorganet Arsenal, enligt ARGE, åt ett flertal aktiviteter på marknaden. [30]

83. För att avgöra om direktivet är tillämpligt bör den nationella domstolen kontrollera denna fråga, även om det förefaller som om domstolen har kommit fram till slutsatsen att de omtvistade organens verksamhet enbart, eller åtminstone huvudsakligen, utövas för offentliga myndigheters räkning, enligt vad man kan sluta sig till av formuleringen av den fjärde frågan. Den nationella domstolen bör framför allt avgöra om organen i fråga utövar den huvudsakliga delen av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning, vars kontroll de, i enlighet med den hypotes jag har uppställt, är underställda. [31]

84. För det fall direktivet skulle anses vara tillämpligt i den nationella tvisten, bör man granska huruvida avtalet i fråga tillhör dem som enligt artikel 6 i direktivet kan undantas från tillämpningen.

30 — S. 8 i dess skriftliga yttrande.

31 — Se punkt 70 i detta förslag till avgörande.

3. Tillämpningen av artikel 6 i direktivet

85. Enligt artikel 6 undantas offentliga kontrakt, avseende tjänster som tilldelas ett organ som självt är en upphandlande myndighet genom en ensamrätt som det åtnjuter enligt utfärdade lagar eller andra författningar som överensstämmer med fördraget, från direktivets tillämpningsområde.

86. Denna bestämmelse kommer också till uttryck i nittonde övervägandet där det stadgas följande: "Kontrakt med en angiven ensamleverantör får under vissa förhållanden helt eller delvis undantas från detta direktiv."

87. Med ett förbehåll för dessa slags kontrakt tar reglerna i direktivet hänsyn till de tjänster som i vissa medlemsstater inte kan tillhandahållas offentliga myndigheter annat än av vissa bestämda offentliga organ så att alla andra leverantörer är uteslutna. De andra organen utesluts oberoende av vilken nationalitet de har. [32]

32 — Se Flamme, P., Flamme, M. A., "Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nr 365, februari 1993, s. 150 ff., stycke 9, punkt 10.

88. Tillämpningen av direktivet beror således i första hand på den aktuella tjänsteleverantörens karaktär. I det aktuella fallet kan man redan nu bekräfta att de subventionerade organen uppfyller de tre kriterier som har uppställts i direktivet för att definiera "organ som lyder under offentlig rätt", vilket är det uttryck som används för att beskriva andra upphandlande myndigheter än staten, statliga, regionala eller lokala myndigheter samt sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter. [33]

89. Det framgår att dessa organ har skapats för att tillfredsställa behov som har sin grund i ett allmänt intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär samt att de är juridiska personer och styrda, kontrollerade och finansierade huvudsakligen av en annan upphandlande myndighet. [34]

33 — Enligt bestämmelserna i artikel 1 b i direktivet "är upphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.
Med organ som lyder under offentlig rätt avses varje organ som
— tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
— är en juridisk person, och
— till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt".
I dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlegenbau Austria m. fl. (REG 1998, s. I-73), punkt 21, tolkade domstolen dessa villkor, som de också formulerats i artikel 1 b, andra stycket, i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), såsom varande av kumulativ karaktär. Denna tolkning skulle kunna överföras till den förevarande artikeln, som är helt identisk med den nämnda formuleringen.

34 — S. 11 i begäran om förhandsavgörande.

90. Eftersom de själva är upphandlande myndigheter återstår det att visa att de båda hade en ensamrätt, enligt artikel 6 i direktivet, grundad på utfärdade lagar och författningar.

91. Ingen av de omständigheter som den nationella domstolen eller intervenienterna har åberopat ger anledning att förmoda att någon av de två forskningsorganen vid tidpunkten för upphandlingen hade en rätt som innebar att endast de tillhandahöll tjänster av det slag som förfarandet avsåg. Artikel 6 och den ensamrätt som artikeln bygger på har inte ens åberopats i begäran om förhandsavgörande, vilket förstärker intrycket att de två anbudsgivarna som har ifrågasatts av ARGE inte hade någon ensamrätt.

92. Om så var fallet kan man för övrigt inte förstå varför ett upphandlingsförfarande skulle ha genomförts enligt direktivet, när just ett sådant kontrakt enligt artikel 6 i direktivet kan undantas från tillämpningen av direktivet.

93. Jag anser således sammanfattningsvis att direktivet är tillämpligt när en upphandlande myndighet avser att ingå kontrakt med en enhet som i formellt hänseende är fristående från myndigheten och enheten huvudsakligen tillhör andra myndigheter än den som utgör den upphandlande myndigheten.

Om organet, även om det formellt är fristående från den upphandlande myndigheten, huvudsakligen tillhör myndigheten är direktivet tillämpligt om detta organ utövar huvuddelen av sin verksamhet för andra organ eller för andra myndigheter än dem som den upphandlande myndigheten består av.

Direktivet är inte tillämpligt i något av fallen när kontraktet faller inom tillämpningsområdet för artikel 6 i direktivet.

VII — Diskriminering vid förfarandet avseende offentlig upphandling av tjänster (första tolkningsfrågan)

94. Bundesvergabeamt vill genom den första tolkningsfrågan få veta om artikel 3.2 i direktivet skall tolkas på så sätt att den utgör hinder för ett beslut av en upphandlande myndighet att i ett upphandlingsförfarande låta organ delta som erhåller subventioner av upphandlande myndigheter vilka gör det möjligt för dessa organ att

lämna anbud som är betydligt lägre än anbuden från övriga konkurrenter.

95. Principen om likabehandling av anbudsgivarna, vilken kommer till uttryck i denna bestämmelse, är inte endast ägnad att förbjuda sådan diskriminering som kan riktas gentemot organ från andra medlemsstater. I likhet med andra bestämmelser i detta direktiv eller i andra direktiv som rör offentliga upphandlingar,[35] innehåller bestämmelsen inte något krav som gäller nationalitet.

35 — I artikel 3.1 i direktivet stadgas till exempel att de upphandlande myndigheterna skall tillämpa förfaranden som uppfyller bestämmelserna i direktivet då de ingår offentliga upphandlingskontrakt eller organiserar formgivningstävlingar. Domstolen har tydligt uttalat, vad gäller en liknande formulering — artikel 4.1 i rådets direktiv 90/531/ EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 297, s. 1), vari stadgas att direktiv 90/351 skall tillämpas när de upphandlande organen ingår kontrakt rörande varor, är identiskt formulerad — att det inte finns något krav rörande anbudsgivarnas nationalitet eller hemvist (dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkt 32). För övrigt följer det av tjugoförsta övervägandet i direktivet att undanröjandet av praxis som är konkurrensbegränsande inte är begränsat till sådan praxis som hindrar deltagandet i upphandlingar av organ från andra medlemsstater. På samma sätt framhöll domstolen i dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-229), punkt 33, rörande rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), att även om det i detta direktiv inte uttryckligen hänvisas till principen om likabehandling av anbudsgivarna, är skyldigheten att följa denna princip central i det aktuella direktivet som, i enlighet med ett av övervägandena i direktivet, syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling och som anger kriterier för urval och tilldelning i avsikt att garantera en sådan konkurrens. Domstolen skulle dock uttala sig om huruvida direktiv 71/305 hade överträtts, oberoende av den anbudsgivares nationalitet som hade erbjudits kontraktet. Det skydd för konkurrensen som eftersträvas genom direktiven vad gäller offentlig upphandling skall uppnås genom en tillämpning av principen om likabehandling vilken inte förbehålls diskriminering på grund av nationalitet. Enligt min åsikt är principen om fri konkurrens självständig i förhållande till den om fri rörlighet för tjänster, på vilken direktivet är grundat, även om utrymmet mellan området för de två principerna inte är stort, då den förstnämnda påverkar den sistnämndas effektivitet.

96. En överträdelse av direktivet innebär således inte nödvändigtvis ett åsidosättande av likabehandlingen av anbudsgivarna från olika medlemsstater.

97. Samma synsätt ligger till grund för den aktuella nationella lagstiftningen. Sålunda föreskrivs i 16 § första stycket Bundesvergabegesetz följande: "Kontrakt avseende tjänster i enlighet med ett av de i denna förbundslag föreskrivna förfarandena skall i överensstämmelse med principerna om fri och lojal konkurrens och om likabehandling av alla anbudssökande och anbudsgivare tilldelas näringsidkare som — senast vid den tidpunkt då anbuden öppnas — är kompetenta, effektiva och pålitliga och erbjuder ett rimligt pris."

98. Omständigheten att de subventionerade organen i det föreliggande fallet samtliga är österrikiska organ är således inte avgörande för svaret på den aktuella tolkningsfrågan.

99. För det första bör det avgöras om det faktum att subventioner tilldelas organ skall medföra att dessa inte tillåts delta i offentliga upphandlingsförfaranden. Vid ett nekande svar på den frågan bör man därefter granska huruvida svaret blir detsamma även när subventionerna i fråga är olagliga.

100. Enligt Bundesvergabeamt utgör de subventioner som anbudssökandena mottar sådant stöd som avses i artikel 92 i EG-fördraget (nu artikel 87 EG i ändrad lydelse) eller "kostnadsmässiga fördelar".[36] Bundesvergabeamt har gjort följande precisering: "Deras konkurrensfördel består i lägre beräknade kostnader. Denna fördel uppstår genom tillskott som har karaktär av bidrag som består antingen av direkta penningtillskott eller av tillhandahållande av personal, lokaler eller teknisk utrustning eller av bådadera." Den nationella domstolen tillade att tillskottet ges av den ansvariga myndigheten i fråga, förbundsstaten eller av en delstat.[37]

101. Jag vill påminna om att "[b]egreppet stöd [inte enbart omfattar] konkreta förmåner som subventioner, utan även ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som normalt belastar ett företags budget och som därigenom, utan att vara subventioner i strikt bemärkelse, är av samma karaktär och har identiskt lika effekter".[38] I den mån personal eller tillgångar tillhandahålls av österrikiska offentliga myndigheter utan motprestation eller till förmånliga villkor,[39] bör man granska om de på det viset erhållna fördelarna utgör sådant statligt stöd som avses i artikel 92 i fördraget.

102. Det principiella förbudet mot stöd från staten är som bekant dock varken absolut eller ovillkorligt, inte endast eftersom visst stöd är förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 92.2 men även på grund av att det finns ett stort utrymme för skönsmässig bedömning från kommissionens sida, enligt artikel 92.3, att tillåta visst stöd med avvikelse från förbudet i första punkten.[40]

103. När visst statligt stöd är tillåtet enligt gemenskapsrätten ger detta enligt min åsikt organen som mottar stödet rätt att utöva sin verksamhet på samma sätt som andra organ. Det skulle inte tjäna något till att stödja företag på ett tillåtet sätt om man på samma gång förbjöd dem att utöva normal ekonomisk verksamhet eller till och med helt enkelt uteslöt dem från tillgång till vissa kontrakt med hänvisning till att dessa är reglerade på ett visst sätt. En sådan tolkning skulle för övrigt knappast vara förenlig med kompensationstanken, som rättfärdigar visst stöd, eftersom det stöd som en subvention eller ett logistiskt stöd utgör snabbt skulle förlora allt värde genom de påtvingade inskränkningarna i verksamheten.

104. Tillåtandet av statligt stöd medför således att organ som mottar lagligt stöd inte bör förhindras att på ett fullständigt vis delta på marknaden. Eftersom marknaden inte är begränsad till icke reglerade avtalsmässiga förhållanden utan också innefattar

36 — S. 7 i begäran om förhandsavgörande.

37 — Ibidem, s. 12.

38 — Dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m. fl. (REG 1996, s. I-3547), punkt 58.

39 — Ibidem, punkt 59.

40 — Ibidem, punkt 36.

offentliga kontrakt, finns det ingen anledning att sådana organ skall uteslutas från förfaranden vid offentlig upphandling.

105. Kommissionen anser, med rätta, att ett stöd som har meddelats den och som har bedömts som förenligt med den gemensamma marknaden, inte kan påverka beslutet av den upphandlande myndigheten rörande dels om en anbudssökande skall tillåtas delta, dels bedömningen av anbudet från den sistnämnda.

106. Jag vill tillägga, vilket de österrikiska och franska regeringarna har påpekat,[41] att det faktum att vissa kontrakt som ingås mellan två upphandlande myndigheter faller utanför tillämpningsområdet för direktivet, i enlighet med artikel 6 i direktivet, när offentliga tjänstekontrakt tilldelas med stöd av ensamrätt, bekräftar tanken att direktivet kan tillämpas på organ som mottar statligt stöd, i frånvaron av en sådan rätt. Definitionen av en upphandlande myndighet enligt direktivet omfattar som känt organ som lyder under offentlig rätt, vilka kan utgöra sådana som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter.[42] Det är således tillräckligt att en tjänsteleverantör motsvarar definitionen av en upphandlande myndighet, vilket för det mesta bekräftas av förekomsten av offentlig finansiering, utan att leverantören är knuten genom en ensamrätt till den upphandlande myndigheten, till vilken den levererar tjänster, för att direktivet skall vara tillämpligt. Deltagandet av ett subventionerat organ i ett offentligt upphandlingsförfarande rörande tjänster är i princip således inte uteslutet enligt direktivet.

107. Under dessa omständigheter hindrar direktivet inte att sådana organ som de som avses i den nationella tvisten deltar i det omtvistade förfarandet för offentlig upphandling.

108. Svaret på frågan om hur en upphandlande myndighet skall ställa sig till en anbudssökande som mottar olagligt statligt stöd är däremot inte lika klart.[43]

109. Det är naturligt att organen som utestängs eller de vars chanser att ingå ett kontrakt reduceras på grund av konkurrensen från organ som innehar konkurrensmässiga fördelar av denna natur, ifrågasätter den upphandlande myndighetens rätt att tillåta de sistnämnda att ge in anbud, om det inte krävs att denna gör den minsta kontroll av om stödet är lagenligt.

41 — S. 7 i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande och punkterna 16—18 i den franska regeringens skriftliga yttrande.

42 — Se fotnot 33 i det föreliggande förslaget till avgörande.

43 — Jag vill precisera att även om denna fråga har berörts vid ett flertal tillfällen i intervenienternas skriftliga yttrandena och vid förhandlingen är frågan om vilka regler som skall tillämpas i fall av olagligt statligt stöd rent hypotetisk i det föreliggande fallet, eftersom inget tyder på att det stöd som forskningsorganen mottar utgör sådant stöd.

110. Om ett stöd är rättsstridigt bör det leda till att det subventionerade organet i fråga förbjuds att delta i alla slags offentliga upphandlingsförfaranden. Även om stödet inte används direkt till sådana faktorer som har stort inflytande på den upphandlande myndighetens slutliga beslut, såsom det föreslagna priset vid anbudsförfarandet, är det oundvikligt att det rättsstridiga stödet som ett organ mottar medför lättnader i den belastning som inverkar på dess konkurrensmässiga förmåga.

111. Denna slutsats, även om den är välgrundad, löser dock inte den i grunden rättsliga och processuella frågan som den nationella domstolen har ställts inför i den nationella tvisten. Den nationella domstolen bör fastställa om principen om likabehandling av anbudssökandena, såsom den uttrycks i artikel 3.2 i direktivet, omfattar en rätt för den upphandlande myndigheten att förbjuda deltagande av anbudssökanden som mottar rättsstridiga subventioner, eller att till och med efterforska om subventionerna som sökandena mottar kan bedömas vara rättsstridiga.

112. I avdelning VI i direktivet fastställs de krav rörande anbudssökanden, de anbud som ges in och informationen rörande anbuden, som måste vara uppfyllda för att organen skall få delta i förfarandet och den slutliga tilldelningen av kontraktet.

113. Bland annat finns det bestämmelser som ger den upphandlande myndigheten rätt att vägra en tjänsteleverantör att delta i en upphandling. Ett flertal bestämmelser hänvisar till lagliga skyldigheter som åläggs leverantören. Dessa ger den upphandlande myndigheten rätt att avvisa en anbudssökande som befinner sig i en rättstridig situation, till exempel skattemässigt eller vad gäller socialrättsliga regler. [44]

Direktivet innehåller dock inga regler vad gäller de slutsatser som den upphandlande myndigheten bör dra om det föreligger stöd som inte har meddelats och som kan misstänkas vara rättsstridigt, eller till och med är uppenbart rättsstridigt.

114. Kommissionen har återgett bakgrunden till direktivet vad gäller denna aspekt. Den har påmint om att det i det ursprungliga förslaget [45] fanns en bestämmelse som var identisk med artikel 34.5 sista stycket i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. [46] Detta stycke lyder: "Upphandlande enheter får endast förkasta anbud som är onormalt låga till följd av statsstöd, om de har tillfrågat anbudsgivaren och om denne inte har kunnat visa, att stödet i fråga meddelats till kommissionen i enlighet med artikel 93.3 i fördraget eller har fått kommissionens godkännande. Upphandlande enhe-

44 — En leverantör som inte uppfyller sina skyldigheter vad gäller erläggandet av skatter enligt de för den upphandlande myndigheten gällande nationella reglerna kan till exempel förhindras, enligt artikel 29 f i direktivet, att delta i en upphandling.

45 — EGT C 23, 1991, s. 1.

46 — EGT L 199, s. 84 (svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

ter som förkastar ett anbud på grund av dessa förhållanden skall meddela kommissionen detta."

115. Enligt kommissionen drog rådet tillbaka denna bestämmelse från förslaget till direktiv under lagstiftningsprocessen.[47] Som svar utformade kommissionen ett uttalande i sitt meddelande till Europaparlamentet, enligt vilket rådet genom att ändra förslaget till direktiv på detta sätt, uttryckte "att det var månt om att undvika all diskriminering mellan privata och offentliga anbudssökanden". I samma meddelande påminde kommissionen om "... att fördraget ger den befogenhet att förhindra missbruk av statligt stöd som kan snedvrida konkurrensen [och att den således kunde] acceptera dessa förändringar".

116. Denna utveckling av texten är upplysande i två hänseenden.

117. Det är för det första tydligt att lagstiftaren, vid tiden för direktivets antagande, inte var omedveten om svårigheterna beträffande organ som har en fördelaktig ställning på grund av statligt stöd i offentliga upphandlingsförfaranden. Kommissionens val att begränsa den rättsliga ramen för denna slags situationer till endast sådant stöd som inte har meddelats kommissionen, eller som inte är godkänt, bekräftar för övrigt att principen att organ som mottar statligt och lagligt stöd skall få delta i förfaranden för upphandling av tjänster har erkänts. Vad som ovan anförts rörande denna fråga bekräftas här grundat på den gemenskapsrättsliga lagstiftarens avsikt.[48]

118. Vidare får man en ytterligare upplysning av att lagstiftaren också på ett otvetydigt sätt har tagit ställning till omfånget av den upphandlande myndighetens befogenhet att agera rörande offentlig upphandling av tjänster. I den slutliga versionen av direktivet berör artikel 37 första stycket bland annat den upphandlande myndighetens rätt att förkasta anbud som är onormalt låga i förhållande till tjänsten. Det stadgas att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att efterfråga preciseringar gällande anbudets innehåll, liksom att kontrollera hur det förhåller sig i verkligheten med utgångspunkt från de förklaringar som anförs, innan det förkastas.

I brist på en precis bestämmelse såsom den i artikel 34 i direktiv 93/38 ger direktivet dock inte den upphandlande myndigheten rätt att förkasta ett anbud från en anbudssökande som stöds på ett rättstridigt vis eller som erhåller stöd som inte har meddelats kommissionen. Man kan beklaga det valet, i än högre grad eftersom skälet till en åtskillnad mellan den rättsliga ordningen i direktiven 93/38 och 92/50 inte framgår.

47 — Punkt 22 i kommissionens skriftliga yttrande.

48 — Se punkterna 99—106 i detta förslag till avgörande.

119. Att inget anges i direktivet på denna punkt har en bakgrund som man bör ta hänsyn till vid tolkningen av texten.

120. Förändringen som rådet bidrog med till förslaget från kommissionen, liksom för övrigt kommissionens uttalande vari den godtog förändringen, avslöjar den uppfattning som den gemenskapsrättsliga lagstiftaren har vad gäller kontrollen av olagligt statligt stöd, vilken främst upprätthålls av kommissionen.

121. Enligt den franska regeringen och kommissionen innebär inte utelämnandet i direktivet, vad gäller den upphandlande myndighetens möjlighet att förkasta anbudet från en anbudssökande som är subventionerad på ett rättstridigt sätt, nödvändigtvis att den upphandlande myndigheten inte kan dra några slutsatser grundat på förekomsten av sådant stöd.

122. Den franska regeringen har ansett att direktivet varken medför en skyldighet för, eller uttryckligen tillåter, den upphandlande myndigheten att förkasta ett anbud från ett subventionerat organ. Men den har understrukit att den upphandlande myndigheten löper en risk om den ingår ett kontrakt med en anbudssökande som mottar rättsstridigt stöd. Den franska regeringen har gjort gällande att, för det fall en upphandlande myndighet kan konstatera att ett onormalt lågt anbud är finansierat genom rättsstridigt stöd, den skulle ha rätt att förkasta detta. Anbudssökanden löper nämligen risken att bli skyldig att återbetala det otillbörligt mottagna stödet och detta utgör en fara för genomförandet av det aktuella kontraktet.

123. Kommissionen har ansett att beaktandet av rättsstridigt stöd bör ske vid tiden för valet av företag, det vill säga vid tidpunkten när den upphandlande myndigheten bedömer tjänsteleverantörens finansiella och ekonomiska kapacitet. I likhet med den franska regeringen har kommissionen anfört att, med tillämpning av domstolens praxis, sådant statligt stöd som inte är förenligt med den gemensamma marknaden, eller inte har meddelats kommissionen, kan återkrävas. Kommissionen har gjort gällande att den inte skulle kunna anföra den omständigheten mot en upphandlande myndighet att denna skyddar sig mot risken att ingå ett kontrakt med ett organ som mottar stöd som förefaller tvivelaktigt lagligt sett genom att utestänga organet med hänvisning till en prövning av dess finansiella och ekonomiska kapacitet. Kommissionen har föreslagit att slutsatsen bör vara att gemenskapsrätten inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet, i enlighet med den nationella rätten, vid tiden för valet beaktar att en anbudssökande har mottagit rättsstridigt stöd, som således kan återkrävas, i syfte att bilda sig en uppfattning om sökandens finansiella kapacitet.

124. Vilka fördelar dessa argument än har, bör de enligt min åsikt inte granskas annat än i den mån de bidrar till lösningen av den nationella tvisten. Som nämnts rör dock den första frågan, som den är formulerad

och som den bör tolkas, mot bakgrund av begäran om förhandsavgörande, rättsenligheten av beslutet genom vilket en upphandlande myndighet *har tillåtit* att subventionerade organ deltar i ett upphandlingsförfarande.

125. Det gäller således inte i det föreliggande fallet att upplysa den nationella domstolen om att den upphandlande myndigheten har rätt att utesluta en anbudssökande eller förkasta dess anbud på grund av skäl som rör stödets laglighet. Det är i stället fråga om att upplysa den om att det finns en skyldighet för den upphandlande myndigheten att förfara på detta sätt om det skulle förekomma statligt stöd som är rättsstridigt.

Mot bakgrund av gemenskapsrättens nuvarande stadium anser jag att en upphandlande myndighet, vad beträffar deltagandet av subventionerade organ, inte är skyldig att beakta stöd som inte har meddelats kommissionen eller är rättsstridigt. Jag vill tillägga att det inte skulle vara annorlunda även om den ursprungliga texten till artikel 37 inte hade ändrats. Den gav nämligen endast den upphandlande myndigheten en möjlighet att förkasta ett onormalt lågt anbud på grund av att ett stöd mottagits på ett otillbörligt sätt eller inte meddelats kommissionen.

126. Den österrikiska regeringen har slutligen åberopat de tvingande bestämmelserna i fördraget rörande konkurrens och artikel 37 i direktivet, när det framgår att ett anbud är onormalt lågt i förhållande till tjänsten. Den förordar att en grundlig granskning med tillämpning av denna text bör göras av de kostnader som ingår i det omtvistade anbudet. Den föreslår att anbudet ovillkorligen skall förkastas om fördelningen av kostnader avslöjar att anbudet står i strid med konkurrensmässiga hänsyn, på grund av icke godkända subventioner.

127. Den tes som den österrikiska regeringen försvarar är grundad både på det förfarande som förutses i direktivet i fall av onormalt låga anbud och på gemenskapsrättens konkurrensregler. Det är inte nödvändigt att ta ställning till om detta är välgrundat, utan det är även här tillräckligt att konstatera att Republiken Österrike utgår från den situation som föreligger efter det omtvistade beslutet att tillåta deltagande, då den upphandlande myndigheten, med ett konstaterande att anbudet är onormalt lågt, ger uttryck för sin avsikt att förkasta anbudet. Denna tes går således utöver föremålet för den första tolkningsfrågan, som är begränsad till att avse vilka som får delta.

128. Av vad som ovan har anförts drar jag slutsatsen att principen om likabehandling av anbudssökandena, vilken återfinns i artikel 3.2 i direktivet, inte utgör hinder för beslutet genom vilket en upphandlande myndighet tillåter att organ som mottar stöd från upphandlande myndigheter, vilket ger dem möjlighet att ge in anbud till ett pris som är märkbart lägre än det som andra anbudssökanden föreslår, deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande.

Förslag till avgörande

129. Med hänsyn till dessa överväganden föreslår jag att domstolen ger följande svar på de tolkningsfrågor som Bundesvergabeamt har ställt:

1) Artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) och följande artiklar bör tolkas på det sättet att de inte utgör hinder för en sådan åtgärd som det aktuella beslutet i den nationella tvisten, genom vilket en upphandlande myndighet tillåter att sådana organ deltar i ett förfarande för offentlig upphandling vilka erhåller offentliga subventioner som gör det möjligt för dessa organ att lämna anbud som är betydligt lägre än anbuden från övriga anbudssökanden, även om dessa organ utan undantag är hemmahörande i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten har sitt säte och dessa organ har sina säten i samma medlemsstat, när beslutet inte är beroende av några villkor beträffande organens nationalitet eller etablering eller beträffande varifrån de subventioner som organen i förekommande fall mottar härrör.

2) Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster är tillämpligt när en upphandlande myndighet har för avsikt att ingå kontrakt med ett organ som i formellt hänseende är fristående från myndigheten och huvudsakligen ägs av andra myndigheter än den som utgör den upphandlande myndigheten.

Om organet, även om det i formellt hänseende är fristående från den upphandlande myndigheten, huvudsakligen ägs av denna myndighet, är direktiv 92/50 tillämpligt när detta organ utövar huvuddelen av sin verksamhet för andra organs eller andra myndigheters räkning än den som utgör den upphandlande myndigheten.

Direktiv 92/50 är inte tillämpligt i något fall när kontraktet faller under tillämpningsområdet för artikel 6 i detta direktiv.

3) Principen om likabehandling av anbudssökandena enligt artikel 3.2 i direktiv 92/50 utgör inte hinder för ett beslut genom vilket en upphandlande myndighet tillåter att organ deltar i ett förfarande för offentlig upphandling, vilka mottar sådant stöd från upphandlande myndigheter som ger dem möjlighet att ge in anbud till ett betydligt lägre pris än det som andra anbudssökanden föreslår.