DOMSTOLENS DOM
den 10 november 1998 *

I mål C-360/96,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget, från Gerechtshof te Arnhem (Nederländerna), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Gemeente Arnhem,

Gemeente Rheden

och

BFI Holding BV,

angående tolkningen av artiklarna 1 och 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139),

meddelar

* Rättegångsspråk: nederländska.

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden G. C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena P. J. G. Kapteyn, J.-P. Puissochet och P. Jann (referent) samt domarna G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, D. A. O. Edward, L. Sevón, M. Wathelet, R. Schintgen och K. M. Ioannou,

generaladvokat: A. La Pergola,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören D. Louterman-Hubeau,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden, genom advokaten L. H. van Lennep, Haag,

— BFI Holding BV, genom advokaten P. Glazener, Amsterdam, och advokaten J. J. M. Essers, Utrecht,

— Nederländernas regering, genom juridiske rådgivaren A. Bos, utrikesministeriet, i egenskap av ombud,

— Danmarks regering, genom avdelningschefen P. Biering, utrikesministeriet, i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom C. de Salins, sous-directeur vid utrikesministeriets rättsavdelning, och P. Lalliot, secrétaire des affaires étrangères vid samma avdelning, båda i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom W. Okresek, Ministerialrat, förbundskansliet, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren H. van-Lier, i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

med beaktande av de skriftliga svar på domstolens frågor som har inkommit från:

— Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden, genom L. H. van Lennep,

— BFI Holding BV, genom P. Glazener,

— Nederländernas regering, genom ställföreträdande juridiske rådgivaren J. G. Lammers, utrikesministeriet, i egenskap av ombud,

— Danmarks regering, genom juridiske rådgivaren J. Molde, utrikesministeriet, i egenskap av ombud,

— Tysklands regering, genom E. Röder, Ministerialrat, förbundsekonomiministeriet, i egenskap av ombud,

— Spaniens regering, genom S. Ortiz Vaamonde, abogado del Estado, i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom K. Rispal-Bellanger, sous-directeur vid utrikesministeriets rättsavdelning, i egenskap av ombud, och P. Lalliot,

— Österrikes regering, genom W. Okresek,

— Finlands regering, genom statsombudet H. Rotkirch, chef för utrikesministeriets rättsavdelning, i egenskap av ombud,

— Sveriges regering, genom L. Nordling, rättschef för EU-frågor vid Utrikesdepartementet, i egenskap av ombud,

— Förenade kungarikets regering, genom J. E. Collins, Treasury Solicitor's Department, i egenskap av ombud, biträdd av K. P. E. Lasok, QC, och R. Williams, barrister,

— kommissionen, genom H. van Lier,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 18 november 1997 av: Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden, företrädda av L. H. van Lennep, BFI Holding BV, företrätt av P. Glazener och J. J. M. Essers, Nederländernas regering, företrädd av juridiske rådgivaren J. S. van den Oosterkamp, i egenskap av ombud, Frankrikes regering, företrädd av P. Lalliot, Österrikes regering, företrädd av M. Fruhmann, förbundskansliet, i egenskap av ombud, Förenade kungarikets regering, företrädd av J. E. Collins, biträdd av K. P. E. Lasok och R. Williams, och kommissionen, företrädd av H. van Lier,

och efter att den 19 februari 1998 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Gerechtshof te Arnhem har genom beslut av den 29 oktober 1996, som inkom till domstolens kansli den 5 november samma år, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget ställt sju frågor om tolkningen av artiklarna 1 b och 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Gemeente Arnhem samt Gemeente Rheden (nedan kallade kommunerna) och BFI Holding BV (nedan kallat BFI). BFI gör i målet gällande att tilldelningen av ett kontrakt avseende insamling av avfall skall omfattas av det förfarande som föreskrivs i direktivet.

Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

3 I artikel 1 i direktiv 92/50 stadgas bland annat följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

b) 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.

Förteckningar över organ, eller kategorier därav, som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket i denna punkt återfinns i bilaga 1 till direktiv 71/305/EEG. Dessa förteckningar skall vara så uttömmande som möjligt och kan revideras enligt det förfarande som fastställs i artikel 30 b i det direktivet."

4 I artikel 6 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

"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."

De nederländska bestämmelserna

5 Direktiv 92/50 införlivades med nederländsk rätt genom en ramlag av den 31 mars 1993 (*Stbl.* 12) avseende gemenskapsregler om offentlig upphandling för leverans av varor, utförande av bygg- och anläggningsarbeten och tillhandahållande av tjänster, i förening med artikel 13 i kungörelse av den 4 juni 1993 (*Stbl.* 305), i dess lydelse enligt kungörelse av den 30 maj 1994 (*Stbl.* 379).

6 I artikel 10.10 och 10.11 i Wet milieubeheer (miljölagen) stadgas en skyldighet för kommunerna att övervaka att hushållsavfall minst en gång i veckan insamlas vid alla fastigheter belägna inom deras område där det regelbundet kan förekomma avfall. Kommunerna skall utse en enhet som har ansvaret för denna insamling.

7 Med stöd av artikel 2 i Gemeente Rhedens Afvalstoffenverordening (avfallsförordning), i dess lydelse av den 21 december 1993, utgörs insamlingsenheten av "Dienst Openbare Werken en Woningzaken, Afdeling Wegen en Reiniging, eller den oberoende enhet som ersätter den". Genom artikel 2 i Gemeente Arnhems avfallsförordning, i dess lydelse av den 4 juli 1994, har Dienst Milieu en Openbare Werken utsetts till insamlingsenhet. I denna artikel preciseras dessutom att "från och med den 1 juli 1994 skall denna tjänst utföras av aktiebolaget ARA, en oberoende kommunal renhållningsenhet".

Tvisten vid den nationella domstolen

8 År 1993 avsåg kommunerna att slå samman de kommunala enheterna för insamling av avfall och att anförtro dem åt en ny juridisk person. Genom beslut av den 6 och den 28 juni 1994 beslutade kommunerna Arnhem respektive Rheden att bilda aktiebolaget ARA och att anförtro detta ett antal uppgifter som föreskrivs i lag i fråga om sophantering och, vad beträffar Gemeente Arnhem, vägunderhåll inom tätorten.

9 ARA bildades den 1 juli 1994. I artikel 2 i dess bolagsordning föreskrivs följande:

"1. Bolaget har följande syfte:

a) Vidtagande av alla åtgärder inom det ekonomiska området, avseende insamling (och om möjligt återvinning), på effektivt, verksamt och ekologiskt sätt, av avfall såsom hushållssopor, avfall från företag och avskiljbara delar av detta, liksom att bedriva verksamhet inom området för renhållning av vägar, skadedjursbekämpning och desinfektion.

b) (Gemensamt) bildande av företag, samarbete med företag, deltagande i företag, (gemensam) ledning och tillsyn av företag, liksom förvärv och finansiering av företag, vilkas verksamhet har nära eller avlägset samband med de åtgärder/den verksamhet som beskrivs under punkt a.

c) Vidtagande av alla åtgärder inom det ekonomiska området som har samband med de föregående punkterna eller som främjar åtgärder, verksamheter och handlingar som definieras där (under förutsättning att allmännyttiga behov på så sätt tillgodoses).

2. Bolaget skall bedriva denna verksamhet på ett sätt som är samhälleligt godtagbart."

10 Enligt artikel 6 i bolagsordningen kan aktieägarna i ARA enbart utgöras av offentligrättsliga juridiska personer eller bolag där andelarna till minst 90 procent innehas av sådana juridiska personer och dessutom av bolaget självt. Enligt artikel 13.2 i bolagsordningen skall kommunerna utse fem ledamöter i bolagsstyrelsen, som består av lägst sju och högst nio ledamöter.

11 I de ramavtal som kommunerna har ingått med ARA specificeras, bland annat i ingresserna, att kommunerna önskar att uppgifterna i fråga utförs uteslutande av ARA, varför de har beviljat detta bolag koncessioner för detta.

12 Vad beträffar ersättningen till ARA, föreskrivs i artikel 8 i det ramavtal som ingåtts mellan Gemeente Rheden och ARA bland annat följande:

"8.1. Rheden skall till ARA utbetala ersättning, vilken närmare skall bestämmas, för tjänster som bolaget utför.

8.2. Ersättningen för de tjänster som avses i föregående punkt skall fastställas genom att det läggs till en ytterligare punkt om finansiering till de specifikationer och kvalitetsnormer för varje verksamhet som förekommer i delkontrakten.

8.3. Den faktiska ersättningen för de tjänster som tillhandahålls skall fastställas

a) på grundval av de enhetspriser som avtalas i förväg för varje åtgärd, resultat eller enskild tjänst, eller

b) på grundval av ett fast pris som avtalas i förväg för ett bestämt uppdrag, eller

c) på grundval av fakturering av de faktiska kostnaderna.

..."

13 Artikel 9 i detta ramavtal innehåller följande bestämmelser:

"9.1. Förskott på den ersättning som avses ovan skall utbetalas med förfallotider som senare skall preciseras eller per grupper av åtgärder, resultat eller enskilda tjänster. Dessa förskott skall avräknas från den slutliga betalningen.

9.2. Om ARA fakturerar och/eller utför åtgärder som innebär inkassering för Gemeente Rhedens räkning eller uppbär andra betalningar från tredje man i Gemeente Rhedens namn skall dessa inkomster överföras till den sistnämnda i former som har avtalats i samförstånd. Vad beträffar risken för utebliven betalning av dessa belopp skall närmare bestämmelser utfärdas senare."

14 I artikel 7 i överenskommelsen om utförande av tjänster för insamling av hushållssopor som ingåtts mellan Gemeente Rheden och ARA föreskrivs att den ersättning som kommunen skall betala ARA för insamling och transport av sopor, liksom beräkningssättet för denna ersättning, skall anges i genomförandeplanen.

15 Samma ersättningsformer har fastställts mellan Gemeente Arnhem och ARA.

16 Medan ARA inledningsvis utförde all verksamhet avseende insamling av hushållsavfall, vägunderhåll inom tätorten och insamling av industriavfall, delades dessa verksamheter senare upp mellan ARA och aktiebolaget Aracom. Medan ARA fortsatte att sköta insamlingen av hushållsavfall, anförtroddes Aracom insamlingen av industriavfall. Dessutom hade det bildats ett holdingbolag, ARA Holding NV, vilket innehade hela kapitalet i dessa båda bolag.

17 BFI är ett privat företag, som bland annat sysslar med insamling och behandling av hushålls- och industriavfall.

18 BFI väckte den 2 november 1994 talan vid Arrondissementsrechtbank te Arnhem och yrkade därvid att direktiv 92/50 skulle tillämpas på tilldelningen av det kontrakt som tilldelats ARA. Kommunerna skulle således genomföra ett sådant upphandlingsförfarande som föreskrivs i detta direktiv. Arrondissementsrechtbank te Arnhem biföll genom dom av den 18 maj 1995 BFI:s yrkande. Den nationella domstolen ansåg att uppgiften i fråga inte tilldelats ett organ genom en ensamrätt som det åtnjuter enligt utfärdade lagar eller andra författningar, och att således det undantag som föreskrivs i artikel 6 i direktiv 92/50 inte var tillämpligt.

19 Kommunerna överklagade detta beslut till Gerechtshof te Arnhem.

20 I mellandom av den 25 juni 1996 förkastade Gerechtshof te Arnhem den tolkning som Arrondissementsrechtbank hade gjort, enligt vilken kontraktet inte hade tilldelats ett organ genom en ensamrätt med stöd av utfärdade lagar eller andra författningar i den mening som avses i artikel 6 i direktiv 92/50.

21 Gerechtshof te Arnhem ansåg nämligen att kommunerna, enligt Wet milieubeheer, är skyldiga att övervaka att hushållssopor insamlas. För att uppfylla denna skyldighet har de genom kungörelser av den 6 och den 28 juni 1994 utsett ARA som ensamt ansvarigt för insamlingen av avfall. De har dessutom uttryckligen ändrat sina bestämmelser om avfall, enligt vilka ARA uttryckligen har en ensamrätt, eftersom det enligt dessa bestämmelser är förbjudet för alla andra enheter att insamla hushållssopor utan föregående tillstånd från kommunstyrelsen.

22 Följaktligen ansåg Gerechtshof te Arnhem att ARA omfattades av det undantag som föreskrivs i artikel 6 i direktiv 92/50 i den mån det anses vara ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50.

23 Under dessa förhållanden har den nationella domstolen beslutat att vilandeförklara målet och att ställa domstolen följande tolkningsfrågor:

"1. Skall artikel 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster i förening med artikel 1 b första strecksatsen i samma direktiv (i vilken det fastställs att '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') tolkas så,

i) att det skall göras åtskillnad mellan å ena sidan allmännyttiga behov och å andra sidan behov av industriell eller kommersiell karaktär,

eller

ii) att det skall göras åtskillnad mellan å ena sidan allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och å andra sidan allmännnyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär?

2. Om svaret på den första frågan är att den åtskillnad som skall göras är den under punkt i,

a) skall då uttrycket 'allmännyttiga behov' förstås så, att det inte kan vara fråga om att tillgodose allmännyttiga behov då privata företag tillgodoser sådana behov?

och

b) om fråga a besvaras jakande, skall då uttrycket 'behov av industriell eller kommersiell karaktär' förstås så, att det är fråga om att tillgodose behov som är av industriell eller kommersiell karaktär vid varje tillfälle då privata företag tillgodoser sådana behov?

3. Om svaret på den första frågan är att den åtskillnad som skall göras är den under punkt ii, skall då uttrycken 'allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär' och 'allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär', förstås så, att skillnaden mellan dessa två uttryck är beroende av huruvida (konkurrerande) privata företag tillgodoser sådana behov?

4. Skall kravet på att organet tillkommit 'för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär' tolkas så, att det endast är fråga om ett sådant särskilt ändamål då organet uteslutande tillgodoser dessa behov?

5. Om den fjärde frågan besvaras nekande, skall då ett organ nästan uteslutande, huvudsakligen, i avsevärd mån eller i annan utsträckning tillgodose allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär för att kunna (fortsätta att) uppfylla kravet att organet har tillkommit för att tillgodose dessa behov?

6. Är det av betydelse för svaret på den första till och med den femte frågan att de allmännyttiga behoven som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, vilka organet har att tillgodose, regleras i en lag i formell mening, i en annan författning eller på annat sätt?

7. Är det av betydelse för svaret på den fjärde frågan att ansvaret för den kommersiella verksamheten har tilldelats en oberoende juridisk person som är en del av en grupp/koncern som även bedriver verksamhet genom vilken allmännyttiga behov är avsedda att tillgodoses?"

24 Inledningsvis skall det påpekas att den franska regeringen i sin skriftliga inlaga har hävdat att de kontrakt som binder kommunerna till ARA kan anses vara koncessioner för en offentlig nyttighet, vilken följaktligen inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50. Den franska regeringen hävdar att om det skall vara fråga om en koncession av en offentlig nyttighet i gemenskapsrättens mening måste avtalsparten få ersättning antingen genom rätten att utöva tjänsten eller genom denna rätt förenad med ett pris.

25 Utan att det är nödvändigt att tolka begreppet koncession av en offentlig nyttighet, vilket inte omfattas av de frågor som har ställts av den nationella domstolen, är det i det avseendet tillräckligt att konstatera att det framgår av de upplysningar som kommunerna har inkommit med som svar på en fråga från domstolen, och bland annat av artiklarna 8 och 9 i det ramavtal som ingåtts mellan Gemeente Rheden och ARA, liksom av artikel 7 i överenskommelsen om utförande av tjänster för insamling av hushållssopor som ingåtts mellan samma parter, att den ersättning som har utbetalats till ARA enbart utgör ett pris och inte en rätt att utöva tjänsten.

26 Den franska regeringen har även hävdat att ARA skall kvalificeras som en sammanslutning av flera myndigheter eller organ i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50. En sådan sammanslutning utgör en upphandlande myndighet i kraft av själva lagen utan att det finns behov av att pröva om den är ett organ som lyder under offentlig rätt.

27 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 40 och 41 i sitt förslag till avgörande, skall det konstateras att ett bestämt organ inte samtidigt kan tillhöra två av de olika kategorier som uppräknas i artikel 1 b i direktiv 92/50 och att begreppet sammanslutning enbart har en restfunktion, vilket för övrigt bekräftas av dess placering i denna bestämmelse. Det skall följaktligen kontrolleras om ett sådant bolag

som ARA kan kvalificeras som ett organ som lyder under offentlig rätt, trots att det bildats på initiativ av två kommuner.

28 I detta avseende framgår det av artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 att ett organ som lyder under offentlig rätt är ett organ som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, som är en juridisk person och som är nära knutet till staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt (se dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl., REG 1998, s. I-73, punkt 20).

29 Såsom domstolen har konstaterat i domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl., punkt 21, är de tre villkoren i bestämmelsen kumulativa.

30 Den hänskjutande domstolen anser att det andra och tredje villkoret är uppfyllda. Dess frågor avser således enbart det första villkoret.

Den första frågan

31 Genom sin första fråga vill den hänskjutande domstolen ha klarhet i förhållandet mellan uttrycket "allmännyttiga behov" och orden "inte är av industriell eller kommersiell karaktär". Den frågar i synnerhet om detta sistnämnda uttryck avser att begränsa begreppet allmännyttiga behov till sådana som inte är av industriell eller kommersiell karaktär eller om det tvärtom innebär att alla allmännyttiga behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

32 I det avseendet framgår det av lydelsen av artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 i dess olika språkversioner att den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den mening som avses i denna bestämmelse.

33 I domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl., punkt 22—24, gjorde domstolen samma tolkning av artikel 1 b andra stycket i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), en bestämmelse som i huvudsak är identisk med artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50.

34 Dessutom består den enda tolkning som kan garantera den ändamålsenliga verkan av artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 i att anse att den sistnämnda tillkommit för att inom kategorin allmännyttiga behov skapa en underkategori av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

35 Om gemenskapslagstiftaren nämligen hade ansett att alla allmännyttiga behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär, skulle han inte ha specificerat detta, eftersom den andra delen av definitionen i detta perspektiv inte skulle ha någon mening.

36 Den första frågan skall följaktligen besvaras på så sätt att artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 skall tolkas så, att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.

Den andra frågan

37 Med hänsyn till svaret på den första frågan finns det ingen anledning att besvara den andra frågan.

Den tredje frågan

38 Genom sin tredje fråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak ha klarhet i om begreppet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utesluter behov som även tillgodoses av privata företag.

39 Enligt BFI kan det inte vara fråga om ett organ som lyder under offentlig rätt när privata företag kan utöva samma verksamhet, vilken verksamhet således lämpar sig för fri konkurrens. I det förevarande fallet överlåter mer än hälften av kommunerna i Nederländerna insamlingen av avfall åt privata ekonomiska aktörer. Det är således fråga om ett kommersiellt kontrakt, och de organ som är verksamma på denna marknad utgör inte organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50.

40 I det avseendet är det viktigt att först understryka att artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktiv 92/50 enbart avser behov som organet skall tillgodose och ingalunda hänvisar till huruvida dessa behov även kan tillgodoses av privata företag eller ej.

41 Vidare skall det erinras om att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och således skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat.

42 Följaktligen är syftet med direktiv 92/50 att undanröja risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt (se i det avseendet domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl., punkt 33).

43 Den omständigheten att det förekommer konkurrens är emellertid inte tillräckligt för att utesluta möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Således kan ett sådant organ till exempel förorsakas ekonomiska förluster av att det för en viss politik för inköp från det organ som det är nära beroende av.

44 Med hänsyn till att det är svårt att föreställa sig att verksamhet inte under några omständigheter kan utövas av privata företag, riskerar dessutom villkoret att det inte skall finnas privata företag som kan tillgodose de behov för vilka det berörda organet har tillkommit, att beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt, som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50, sitt innehåll.

45 Det kan inte invändas att de upphandlande myndigheterna, genom att åberopa artikel 6 i direktiv 92/50, kan undandra sig konkurrens från privata företag som anser sig kunna tillgodose samma allmännyttiga behov som det berörda organet. Skyddet för konkurrenterna till de organ som lyder under offentlig rätt garanteras nämligen redan av artikel 85 och följande artiklar i EG-fördraget, ty artikel 6 i direktiv 92/50 tillämpas endast under förutsättning att de lagar eller andra författningar som ligger till grund för den ensamrätt som organet åtnjuter är förenliga med fördraget.

46 I domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl., punkt 24, ansåg domstolen att ett statligt tryckeri tillgodosåg allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utan att pröva frågan om privata företag kunde tillgodose samma behov.

47 Av detta framgår att artikel 1 b i direktiv 92/50 kan tillämpas på ett visst organ, även om privata företag tillgodoser eller skulle kunna tillgodose samma behov som detta, och att frånvaron av konkurrens inte är ett nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt.

48 Det skall emellertid understrykas att förekomsten av konkurrens inte innebär att frågan, huruvida ett allmännyttigt behov är av industriell eller kommersiell karaktär eller ej, saknar relevans.

49 Förekomsten av en utvecklad konkurrens, och i synnerhet den omständigheten att det berörda organet handlar i en konkurrenssituation på marknaden, kan nämligen vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

50 De sistnämnda behoven tillgodoses däremot i allmänhet på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, vilket framgår av uppräkningen av de organ som lyder under offentlig rätt i bilaga I till rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), i dess lydelse enligt direktiv 93/37, som det hänvisas till i artikel 1 b i direktiv 92/50. Utan att vara uttömmande är denna förteckning avsedd att vara så fullständig som möjligt.

51 En genomgång av denna uppräkning visar att det i allmänhet är fråga om behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på.

52 I det förevarande fallet kan det inte bestridas att bortskaffande och behandling av hushållssopor kan anses vara ett allmännyttigt behov. Eftersom den omständigheten att enskilda erbjuds tjänster för bortskaffande helt eller delvis av privata ekonomiska aktörer inte har kunnat tillgodose detta behov i den grad som har ansetts nödvändig av folkhälso- och miljöskyddsskäl, ingår denna verksamhet bland dem som staten kan besluta skall utövas av offentliga myndigheter eller vilka den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på.

53 Mot den bakgrunden skall den tredje frågan besvaras så, att begreppet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.

Den fjärde, femte och sjunde frågan

54 Genom den fjärde, femte och sjunde frågan vill den hänskjutande domstolen ha klarhet i om villkoret att ett organ måste ha tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov innebär att detta organs verksamhet i stor utsträckning måste ha till syfte att tillgodose sådana behov.

55 I det avseendet skall det erinras om att domstolen, i domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl., punkt 25, har fastslagit att det saknar betydelse att det står en sådan enhet fritt att, vid sidan av sin uppgift att

tillgodose allmännyttiga behov, bedriva annan verksamhet. Det förhållandet att det endast är en relativt obetydlig del av den verksamhet som detta organ faktiskt bedriver som består i att tillgodose allmännyttiga behov är inte heller relevant, då en sådan enhet fortfarande ansvarar för de intressen som den särskilt är skyldig att tillgodose.

56 Med hänsyn till att egenskapen att vara ett organ som lyder under offentlig rätt inte är beroende av vilken relativ betydelse tillgodoseendet av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär har inom det berörda organets verksamhet, är det av än mindre betydelse att en oberoende juridisk person, vilken ingår i samma grupp eller "koncern" som detta organ, utövar affärsverksamhet.

57 Det skall tilläggas att den omständigheten att det bland dem finns ett organ som lyder under offentlig rätt inte är tillräckligt för att alla företag som tillhör en grupp eller "koncern" skall anses vara upphandlande myndigheter (se i det avseendet domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl., punkt 39).

58 Den fjärde, femte och sjunde frågan skall följaktligen besvaras så, att egenskapen att vara ett organ som lyder under offentlig rätt inte är beroende av vilken relativ betydelse tillgodoseendet av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär har inom det berörda organets verksamhet. Det saknar även betydelse att en oberoende juridisk person, vilken ingår i samma grupp eller "koncern" som detta organ, utövar affärsverksamhet.

Den sjätte frågan

59 Genom sin sjätte fråga önskar den hänskjutande domstolen slutligen att domstolen skall uttala sig om vilka slutsatser som skall dras av den omständigheten att de

bestämmelser varigenom organet i fråga tillkom, och där de behov som det tillkommit för att tillgodose anges, finns i lag eller annan författning eller har utformats på annat sätt.

60 I det avseendet skall det konstateras att medan det är väsentligt för tillämpningen av artikel 6 i direktiv 92/50 att ensamrätten grundas på utfärdade lagar eller andra författningar, utgör detta inte en del av definitionen av organ som lyder under offentlig rätt.

61 Lydelsen av artikel 1 b andra stycket i direktivet innehåller nämligen ingen hänvisning till den rättsliga grunden för de berörda organens verksamhet.

62 Dessutom skall det erinras om att begreppet upphandlande myndigheter måste tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet (se i det avseendet dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 11). Detta krav hindrar att det görs en distinktion utifrån den juridiska formen för de bestämmelser varigenom organet tillkommit och där de behov som det tillkommit för att tillgodose anges.

63 Den sjätte frågan skall följaktligen besvaras på så sätt att artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 skall tolkas så, att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse.

Rättegångskostnader

64 De kostnader som har förorsakats den österrikiska, den franska och den nederländska regeringen samt Europeiska gemenskapernas kommission, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

— angående de frågor som genom beslut av den 29 oktober 1996 har ställts av Gerechtshof te Arnhem — följande dom:

1) Artikel 1 b andra stycket i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster skall tolkas så, att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.

2) Begreppet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utesluter inte behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.

3) Egenskapen att vara ett organ som lyder under offentlig rätt är inte beroende av vilken relativ betydelse tillgodoseendet av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär har inom det berörda organets verksamhet. Det saknar även betydelse att en oberoende juridisk person, vilken ingår i samma grupp eller koncern som detta organ, utövar affärsverksamhet.

4) Artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 skall tolkas så, att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse.

Rodríguez Iglesias		Kapteyn	Puissochet
Jann	Mancini	Moitinho de Almeida	Edward
Sevón	Wathelet	Schintgen	Ioannou

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 10 november 1998.

R. Grass	G. C. Rodríguez Iglesias
Justitiesekreterare	Ordförande