ADOLF TRULEY

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 21. marts 2002 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende sag vedrører fortolkningen af begrebet »ordregivende myndighed« i form af et offentligretligt organ som omhandlet i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [2] (herefter »direktiv 93/36«). Det drejer sig i det væsentlige om definitionen af »almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område« og om spørgsmålet, om den virksomhed, der udøves af en bedemandsforretning, falder ind under dette begreb.

II — De relevante retsregler

1) *Fællesskabsbestemmelserne*

2. I artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 defineres begrebet »offentligretligt organ« således:

»I dette direktiv forstås ved:

a) [...]

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

Ved »offentligretlige organer« forstås ethvert organ,

— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område

1 — Originalsprog: tysk.
2 — EFT L 199, s. 1.

— som er en juridisk person,

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer eller er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit, findes i bilag I til direktiv 93/37/EØF. Disse fortegnelser skal være så fuldstændige som muligt og kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 35 i direktiv 93/37/EØF.«

2) *Nationale retsforskrifter*

3. Blandt de nationale retsforskrifter synes følgende bestemmelser navnlig at være af betydning for at kunne afgøre den foreliggende sag:

a) Gewerbeordnung 1994

4. Bedemandserhvervet er reguleret i §§ 130-134 i Gewerbeordnung (den østrigske næringslov, herefter »GewO«) [3].

5. Erhvervet er ikke forbeholdt bestemte personer eller f.eks. staten, delstaterne eller kommunerne. Dog er udstedelsen af en næringstilladelse i henhold til GewO's § 131 afhængig af, at der foreligger et behov for den påtænkte udøvelse af erhvervet. Ved fastlæggelsen af, om denne betingelse er opfyldt, skal det navnlig undersøges, om kommunen har truffet tilstrækkelige bestemmelser med hensyn til jordfæstelser og ligbrændinger.

6. Ifølge de oplysninger, som Vergabekontrollsenat har givet, har betingelsen om, at der skal foreligge et behov for udøvelsen af erhvervet, kun betydning for opnåelsen af

3 — Offentliggjort i BGBl. nr. 194/1994 i den affattelse, som er offentliggjort i BGBl. I nr. 63/1997.

næringstilladelsen. En senere mangel på behov kan ikke føre til, at myndighederne kan tilbagekalde næringstilladelsen. GewO indeholder heller ingen bestemmelser om områdebeskyttelse i den forstand, at udøvelsen af erhvervet kun må foretages inden for et bestemt område.

7. I henhold til GewO's § 132 skal Landeshauptmann (delstatens ministerpræsident) fastsætte maksimumspriser for begravelsesydelser. De kan fastsættes for hele delstaten eller for hvert forvaltningsområde eller kommune.

b) Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz

8. På delstatsniveau er bisættelser reguleret i Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz[4] (delstaten Wiens lov om begravelses- og bedemandsvirksomhed, herefter »WLBG«). Denne lovs § 10, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Er der, når der er forløbet fem dage fra udfærdigelsen af dødsattesten, ikke foranlediget nogen bisættelse af afdøde, sørger Magistrat [der Stadt Wien (byen Wiens kommunale forvaltning)] for bisættelsen (begravelse eller ligbrænding) på en af byens kirkegårde. Byen Wien afholder kun omkostningerne til bisættelsen, i det omfang disse hverken påhviler tredjemand eller dækkes af dødsboet.«

9. I henhold til WLBG's § 22, stk. 1, skal enhver afdød bisættes. Dette må i henhold til bestemmelsens stk. 2 sammenholdt med WLBG's § 23 kun ske på kirkegårde, kolumbarier og særlige begravelsessteder.

c) Wiener Landesvergabegesetz[5]

10. Artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 er gennemført ved § 12 i Wiener Landesvergabegesetz (delstaten Wiens lov om tildeling af offentlige kontrakter, herefter »WLVergG«). Denne bestemmelse fastsætter:

»Denne lov finder anvendelse på kontrakter, der tildeles af ordregivende myndigheder, som i denne lovs forstand er:

4 — LGBl. nr. 31/1970, i den affattelse, som er offentliggjort i LGBl. nr. 25/1988.

5 — Wiener LGBl. nr. 36/1995, i den affattelse, som er offentliggjort i LGBl. nr. 30/1999.

1. Wien, som delstat eller som kommune, samt

2. organer, som er oprettet med hjemmel i delstatens lovgivning, i det omfang de er stiftet med henblik på at udføre opgaver i almenhedens interesse, der ikke har forretningsmæssig karakter, som i det mindste har en begrænset retsevne, og som

   a) hovedsagelig administreres af byen Wiens organer eller af en anden institution omfattet af punkt 1-4, eller af personer, der er udpeget hertil af denne institutions organer, eller

   b) hvis forvaltning er underlagt tilsyn fra byen Wien eller andre institutioner omfattet af punkt 1-4, eller

   c) for mere end halvdelens vedkommende finansieres af byen Wien eller af andre institutioner omfattet af punkt 1-4, og

3. virksomheder, som er underlagt kontrol af Rechnungshof [revisionsmyndigheden], og som ikke falder ind under § 126 b, stk. 2, i B-VG i den i BGBl. I nr. 148/1999 offentliggjorte affattelse, og som er stiftet med henblik på at udføre opgaver i almenhedens interesse, der ikke har forretningsmæssig karakter, og hvori byen Wien som delstat eller som kommune i det mindste ejer det relative flertal af de andele, som ejes af det offentlige [...]«

d) Wiener Stadtverfassung

11. Endvidere er Wiener Stadtverfassung [6] (hovedloven for byen Wien, herefter »WStV«) af betydning. Den regulerer i § 73 den virksomhed, der udøves af Kontrollamt der Stadt Wien (kontoret for kontrol med byen Wien), der organisatorisk udgør en del af Magistrat der Stadt Wien (WStV's § 106, stk. 1), som selv er et organ under kommunen (byen) Wien (WStV's § 8, stk. 11).

»1. Kontrollamt fører kontrol med kommunens forretningsførelse og med driften af fonde og stiftelser, der forvaltes af kommunens organer og er juridiske personer, med hensyn til talmæssig rigtighed, forskriftsmæssighed, sparsommelighed, rentabilitet og formålstjenlighed (bogførings-

6 — LGBl. nr. 17/1999 af 18.3.1999.

kontrol). Kontrollamt fører også kontrol med de opgaver, som det påhviler kommunens organer at udføre, og som vedrører sikkerheden i forbindelse med menneskers liv eller sundhed; det påhviler endvidere Kontrollamt at føre kontrol med, om der i forbindelse med de installationer og anlæg, der forvaltes af kommunens organer, og som kan være forbundet med en risiko for sikkerheden i forbindelse med menneskers liv eller sundhed, er truffet tilstrækkelige, passende og behørige sikkerhedsforanstaltninger (sikkerhedskontrol). Beslutninger vedrørende forretningsførelsen og sikkerheden truffet i de ansvarlige kollegiale organer er dog undtaget fra kontrollen. Borgmesteren sikrer i forbindelse med Magistrats interne organisation, at der inden for Kontrollamt nedsættes en selvstændig gruppe under ansvarlig ledelse med hensyn til såvel bogføringskontrollen som sikkerhedskontrollen.

2. Kontrollamt har ligeledes til opgave at kontrollere forretningsførelsen i de erhvervsvirksomheder, som kommunen ejer mere end halvdelen af. Hvis en sådan erhvervsvirksomhed ejer mere end halvdelen af en anden virksomhed, omfatter kontrollen også denne anden virksomhed. Kontrollamts kontrolbeføjelser sikres ved egnede foranstaltninger.

3. Kontrollamt kan endvidere kontrollere forretningsførelsen i de organer (erhvervsvirksomheder, foreninger osv.), hvori kommunen ejer en andel, der er mindre end den i stk. 2 nævnte, eller hvori kommunen er repræsenteret, i det omfang kommunen har forbeholdt sig retten til kontrol. Denne bestemmelse gælder også for organer, der modtager støtte af kommunale midler, eller for hvilke kommunen hæfter.

4. [...]

5. [...]

6. Kontrollamt gennemfører på grundlag af en beslutning fra byrådet eller tilsynsrådet samt efter anmodning fra borgmesteren eller fra et byrådsmedlem inden for et område, der henhører under det forretningsudvalg, hvori medlemmet er repræsenteret, en særlig forretningsførelses- og sikkerhedskontrol, hvis resultater meddeles det kontrollerede organ.

7. [...]

8. [...]«

e) Stiftelsesoverenskomsten for Bestattung Wien GmbH

12. Kontrollamts kontrolbeføjelse i henhold til WStV's § 73 er afspejlet i punkt 10.3 i stiftelsesoverenskomsten for Bestattung Wien GmbH (herefter »Bestattung Wien«), hvori det bestemmes, at Kontrollamt der Stadt Wien er berettiget til at kontrollere Bestattung Wiens løbende forretningsførelse med hensyn til talmæssig rigtighed, forskriftsmæssighed, sparsommelighed, rentabilitet og formålstjenlighed såvel som selskabets årsregnskab og situationsrapport, herunder bogføringen af bilag og øvrig dokumentation, at aflægge besøg i selskabets driftslokaler og anlæg samt til at videregive resultaterne af disse kontrolbesøg til de kompetente organer samt til selskabsdeltagerne og til byen Wien.

III — De faktiske omstændigheder

13. Indtil 1999 blev bisættelser i Wien forestået af Wiener Bestattung (Wiens begravelsesforretning), en forvaltningsenhed under Wiener Stadtwerke (Wiens kommunale værker). Ingen af organerne var juridiske personer i egentlig forstand. Wiener Stadtwerke var en virksomhed som omhandlet i WStV's § 71 og udgjorde dermed en del af Magistrat (WStV's § 106, stk. 1). I denne periode blev der ved flere lejligheder offentliggjort udbud svarende til det, der er omhandlet i hovedsagen.

14. I 1999 blev Wiener Stadtwerke adskilt fra Magistrats forvaltning og som selvstændig juridisk person stiftet som Wiener Stadtwerke Holding AG. Selskabets aktier ejedes 100% af byen Wien.

15. Under Wiener Stadtwerke Holding AG hører bl.a. Wiener Bestattung. Dette selskab er ligeledes en selvstændig juridisk person. Dets andele ejes 100% af Wiener Stadtwerke Holding AG. Siden 1999 har selskabet udøvet bedemandsvirksomhed i Wien.

16. Wiener Bestattung fremstiller ganske vist selv de kister, der er nødvendige til bisættelserne, men køber det fornødne ligkistetilbehør hos andre virksomheder. I denne forbindelse afholdte selskabet et offentligt udbud vedrørende indgåelse af en kontrakt om levering af ligkistetilbehør (ligklæder, polstring, linned). Udbuddet blev offentliggjort på landsplan i *Amtlicher Lieferanzeiger* (officielt tidsskrift for udbud af indkøbskontrakter) og desuden i *Amtsblatt der Stadt Wien* (byen Wiens officielle

tidende). Adolf Truley GmbH (herefter »Truley«) deltog i dette udbud. Ved skrivelse af 6. juni 2000 meddelte Bestattung Wien Truley, at selskabet ikke ville få tildelt kontrakten.

17. Ifølge Bestattung Wiens bemærkninger skyldtes afslaget den høje pris, som Truley havde forlangt i sit tilbud. Truley har derimod gjort gældende, at selskabet var den eneste ansøger, der havde afgivet et bud, som opfyldte udbudsbetingelserne, og at det derfor skulle tages i betragtning. De deltilbud, som de andre bydende havde afgivet, opfyldte ikke udbudsbetingelserne, hvorfor de ikke skulle have været taget i betragtning.

18. Under den klagesag, som blev indledt ved Vergabekontrollsenat til prøvelse af afslaget på kontrakttildelingen, har Bestattung Wien anført, at selskabet ikke skal anses for et offentligretligt organ i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 93/36 og WLVergG, som gennemfører direktivet. Bestattung Wien er en selvstændig juridisk person, som drives efter rent økonomiske principper, og som er fuldstændig uafhængig af byen Wien. Bestattung Wien har derfor nedlagt påstand om, at klagen afvises. Truley har under henvisning til ejerforholdene i Wiener Bestattung bestridt denne opfattelse og anser selskabet for at være forpligtet til at overholde bestemmelserne om offentlige kontrakter. For Vergabekontrollsenat rejser der sig derfor det spørgsmål, om Bestattung Wien skal betragtes som et offentligretligt organ i den forstand, hvori udtrykket anvendes i bestemmelserne om offentlige kontrakter.

IV — De præjudicielle spørgsmål

19. I denne forbindelse har Wiener Vergabekontrollsenat stillet Domstolen følgende tre præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal begrebet »almenhedens behov« i artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb fortolkes således, at:

a) definitionen af »almenhedens behov« skal udledes af medlemsstaternes nationale retsordener?

b) den omstændighed, at der efter loven kun påhviler de regionale eller lokale myndigheder en subsidiær forpligtelse, er tilstrækkelig til, at der foreligger et behov hos almenheden?

2) Er det ved fortolkningen af betingelsen om »almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæs-

sige område« i nævnte direktiv 93/36/EØF,

a) en ufravigelig forudsætning, at der skal foreligge en udviklet konkurrence, eller

b) afhænger dette af de faktiske eller de retlige omstændigheder?

3) Er betingelsen i artikel 1, litra b), i nævnte direktiv 93/36/EØF om, at ledelsen af offentligretlige organer skal være underlagt statens henholdsvis en regional eller en lokal myndigheds kontrol, også opfyldt, når der blot er tale om en efterfølgende kontrol som den, der udføres af Kontrollamt der Stadt Wien?«

V — Parternes argumenter og retlig vurdering

1) *Formaliteten*

a) En ret i artikel 234 EF's forstand

20. Domstolen har endnu ikke fastslået, at Wiener Vergabekontrollsenat er en »ret« i artikel 234 EF's forstand. Spørgsmålet rejser sig også i de verserende sager C-470/99, Universale Bau, og C-92/00, Hospitale Ingenieure, hvori der endnu ikke er afsagt dom.

21. I mit forslag til afgørelse i Universale Bau-sagen af 8. november 2001 har jeg udførligt redegjort for, hvorfor Vergabekontrollsenat efter min opfattelse kan betragtes som »ret«. Jeg vil derfor gerne henvise til disse bemærkninger.

22. I overensstemmelse hermed er Vergabekontrollsenat i henhold til WLVergG's § 94, stk. 2, i første og sidste instans kompetent til at efterprøve en ordregivende myndigheds afgørelser i en udbudsprocedure. Organets virksomhed er således oprettet ved lov, og det virker som obligatorisk retsinstans. Det har også permanent karakter. Efterprøvelsen af de ordregivende myndigheders afgørelser sker efter bestemmelserne i WLVergG og, medmindre der findes særregler herom i WLVergG, i henhold til § 94, stk. 3, samt på grundlag af Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (forvaltningsloven) og Verwaltungsvollstreckungsgesetz (lov om fuldbyrdelse af administrative afgørelser). Vergabekontrollsenats uafhængighed af forvaltningen sikres på grundlag af WLVergG's § 94, stk. 2, som bestemmer, at dens afgørelser ikke kan ændres eller ophæves af administrative myndigheder. I øvrigt garanterer WLVergG's § 95, stk. 4, at medlemmerne er uafhængige ved udøvelse af deres hverv og ikke bundet af nogen anvisninger. Stk. 6 fastsætter bestemmelser vedrørende inhabilitet, et kriterium, som Domstolen særlig fremhævede i Köllensperger og Atzwangerdommen [7]. I henhold til § 95, stk. 7, skal Vergabekontrollsenats afgørelser udfærdi-

7 — Dom af 4.2.1999, sag C-103/97, Sml. I, s. 551, præmis 22.

ges skriftligt. På baggrund af ovenstående kan det lægges til grund, at Vergabekontrollsenat opfylder de krav, der fremgår af retspraksis, for at kunne betragtes som en ret i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 234 EF.

b) Nødvendigheden af en præjudiciel afgørelse

23. Wiener Bestattung har gjort gældende, at den præjudicielle forelæggelse ikke kan antages til realitetsbehandling. I hovedsagen har det ikke relevans, om Wiener Bestattung har status som offentligretligt organ som omhandlet i direktivets artikel 1, litra b), da Vergabekontrollsenat i henhold til WLVergG's § 99 kun kan afgøre, om kontrakten er blevet tildelt den bydende, der afgav det mest fordelagtige bud. Truleys bud blev placeret som det næstsidste blandt ansøgernes bud, både med hensyn til den samlede pris og i forbindelse med de enkelte poster, hvor der ifølge udbudsbetingelserne også kunne afgives særskilte bud, hvorfor Truley aldrig kunne have fået tildelt kontrakten.

24. Desuden skal Wiener Landesvergabesenat afvise sager, som er baseret på påstande om manglende offentliggørelse af udbuddet på europæisk plan eller manglende bekendtgørelse af vægtningen af de tildelingskriterier, der vil blive benyttet. Under disse omstændigheder er Wiener Landesvergabesenat nemlig ikke i stand til at vurdere, om tildelingen er retsstridig. Efter Wiener Bestattungs opfattelse er der tale om en »konstrueret forelæggelse«, hvori der rejses et rent hypotetisk spørgsmål.

25. I overensstemmelse med fast retspraksis tilkommer det inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold til artikel 234 EF er indført mellem Domstolen og de nationale retsinstanser, udelukkende den nationale retsinstans, for hvem en tvist er indbragt, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de af den nationale retsinstans stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom [8].

26. Der kan kun gøres en undtagelse fra dette princip, når det klart fremgår, at den fortolkning af fællesskabsretten, som retten anmoder om, savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, og Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [9].

27. Hvis det antages, at det, Truley har gjort gældende, er korrekt, synes det præjudicielle spørgsmål ikke åbenbart at være uden relevans for Vergabekontrollsenats afgørelse. Hvis Truley nemlig var den

8 — Jf. dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 18, af 5.10.1977, sag 5/77, Tedeschi, Sml. s. 1555, præmis 17-19, og af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 15.

9 — Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 20, Foglia-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 18, og dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 22-26.

eneste bydende, der var i stand til at afgive et bud, der opfyldte udbudsbetingelserne, var det retsstridigt at tildele kontrakten til andre konkurrenter. I denne henseende er Bestattung Wiens påstand om, at Truleys bud var placeret som det næstsidste på grund af den tilbudte pris, ikke af betydning.

28. Disse betragtninger er imidlertid kun relevante, hvis Wiener Bestattung i det hele taget var forpligtet til at sende de pågældende ydelser i udbud. Det skal derfor indledningsvis afklares, om Wiener Bestattung er et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1 i direktiv 93/36 og WLVergG's § 12, som gennemfører direktivet. Det kan derfor ikke konstateres, at der ikke er nogen forbindelse mellem det forelagte spørgsmål og hovedsagen. De spørgsmål, som Vergabekontrollsenat har forelagt, er heller ikke generelle eller hypotetiske spørgsmål.

29. Det følger heraf, at anmodningen om en præjudiciel afgørelse skal antages til realitetsbehandling.

2) *Første spørgsmål: imødekommelse af almenhedens behov*

30. Med sit første spørgsmål ønsker Vergabekontrollsenat oplyst, om udøvelsen af bedemandsvirksomhed imødekommer »almenhedens behov«. I den forbindelse ønskes det i det første led af spørgsmålet nærmere bestemt oplyst, om dette begreb skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten eller national ret. I det andet led af spørgsmålet opstiller Vergabekontrollsenat det problem, om Bestattung Wien eventuelt imødekommer almenhedens behov på grund af bestemmelsen i den ovennævnte § 10 i WLBG.

a) Udgangspunkt for fortolkningen af begrebet »almenhedens behov«

i) Parternes argumenter

31. I forbindelse med det første led af første spørgsmål har de parter, som har afgivet bemærkninger til anmodningen om en præjudiciel afgørelse, fremført alle tre tænkelige løsninger. Truley og den østrigske regering er af den opfattelse, at begrebet udelukkende skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten. Truley har påberåbt sig formålet med udbudsdirektiverne, der er at åbne de nationale markeder for konkurrence i hele Fællesskabet. De bydende skal ikke kun informeres i udbudsbekendtgørelserne, men allerede på forhånd vide, hvilke organer der er forpligtet til at afholde udbud. I BFI Holding-sagen [10] fastslog Domstolen, at dette begreb skal fortolkes

10 — Dom af 10.11.1998, sag C-360/96, Sml. I, s. 6821.

objektivt. I øvrigt er det af hensyn til retssikkerheden påkrævet, at det fortolkes ensartet i hele Fællesskabet.

32. Den østrigske regering har henvist til den retspraksis, hvorefter fællesskabsretlige begreber skal fortolkes selvstændigt, såfremt der ikke er nogen udtrykkelig eller implicit henvisning til medlemsstaternes ret[11]. Dette vage begreb blev i øvrigt valgt bevidst af lovgiverne. Det fremgår heller ikke af lovteksterne, at begrebet skal fortolkes på grundlag af national ret.

33. Bestattung Wien, den franske regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden er af den opfattelse, at begrebet ganske vist skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten, men at det skal anvendes i lyset af de nationale bestemmelser.

34. Bestattung Wien er af den opfattelse, at formålet med udbudsdirektiverne kun er at samordne de nationale bestemmelser, men ikke at tilvejebringe ensartede bestemmelser. Derfor skal begrebet vurderes på grundlag af rammebetingelserne i det konkrete tilfælde. En abstrakt og generel definition vil ikke tage højde for den funktionelle karakter af begrebet »ordregivende myndighed«, der er fremhævet i retspraksis[12]. Formålet med direktivet er at åbne de nationale markeder for offentlige kontrakter. Disse er typisk kendetegnet ved, at der som regel ikke er noget konkurrencepres, som fremtvinger en åben og økonomisk objektiv, ikke-diskriminerende udbudsprocedure. I den henseende skal der altid rejses det spørgsmål, om det pågældende organ er underkastet mulighed for kontrol og indflydelse fra statens side. De organer, hvis adfærd ikke udelukkende bestemmes af de generelle markedsmekanismer, bør være omfattet af udbudsdirektiverne. Almenhedens behov er ganske vist behov, hvis imødekommelse er i hele samfundets interesse. Begrebet skal imidlertid defineres på grundlag af retsordenen i de enkelte medlemsstater, hvori det skal fastsættes, hvad de betragter som almenhedens behov. Til støtte for dette argument har Bestattung Wien henvist til bilag I til direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54). Heraf følger, at dette direktiv selv tager udgangspunkt i de omstændigheder, der gør sig gældende i de enkelte medlemsstater. Almenhedens behov er behov, som ikke udelukkende følger individuelle målsætninger, men målsætninger, som er i hele samfundets interesse.

35. Den franske regering har foreslået, at begrebet »almenhedens behov« skal defineres på grundlag af fællesskabsretten, men

11 — Dom af 18.1.1984, sag 327/82, Ekro, Sml. s. 107, af 27.11.1991, sag C-273/90, Meico-Fell, Sml. I, s. 5569, og af 14.1.1982, sag 64/81, Corman, Sml. s. 13.

12 — Der henvises til dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635.

at der ved anvendelsen heraf skal tages højde for de omstændigheder, der gør sig gældende i den pågældende medlemsstat. Den har henvist til begreberne »tjenesteydelser af almen økonomisk interesse/tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« i artikel 16 EF og 86 EF samt til Kommissionens meddelelse om forsyningspligtydelser [13]. I Mannesmann-sagen [14] og BFI Holding-sagen har Domstolen også fortolket begrebet på grundlag af fællesskabsretten. Det skal imidlertid også bemærkes, at Domstolen i disse domme har undersøgt grundlaget for det pågældende organs oprettelse og den måde, hvorpå det imødekommer behov, samt en eventuel tilknytning mellem den virksomhed — med henblik på hvilken organet er oprettet — og en væsentlig statslig suverænitetsrettighed. I den henseende begrunder den særlige situation i det enkelte tilfælde, at de nævnte kriterier anvendes differentieret på nationalt plan. Begrebet almenhedens behov er et vagt og flydende begreb, som er afhængigt af, i hvilken udstrækning staten ønsker at gribe ind.

36. EFTA-Tilsynsmyndigheden er ligeledes af den opfattelse, at begrebet skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten, for at det kan anvendes ensartet. Til støtte for sin opfattelse har den henvist til Linster-dommen [15]. I øvrigt skal det bemærkes, at artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 ikke henviser til medlemsstaternes retsregler. Det følger imidlertid af Mannesmann-dommen og BFI Holding-dommen, at der ved vurderingen af de faktiske omstændigheder skal tages hensyn til de nationale bestemmelser. Der er i disse domme således taget hensyn til omstændighederne i forbindelse med organets oprettelse og de nationale bestemmelser, der har fundet anvendelse ved dets oprettelse. På samme måde skal der tages hensyn til WLBG's § 10 i den foreliggende sag.

37. Endelig er Kommissionen af den opfattelse, at begrebet udelukkende skal fortolkes på grundlag af national ret. I Mannesmann-dommen tog Domstolen ved kvalificeringen af statstrykkeriet udgangspunkt i de behov, det imødekommer, og deres betydning for statsinstitutionernes virke. I BFI Holding-dommen kvalificerede Domstolen under henvisning til fortegnelsen i bilag I til direktiv 93/37 fjernelse af husholdningsaffald som almenhedens behov. Den tog i den forbindelse udgangspunkt i, at der er tale om behov, som staten vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse. På grundlag af disse domme har Kommissionen konkluderet, at det påhviler den enkelte medlemsstat at bestemme, hvilken virksomhed der i det konkrete tilfælde imødekommer almenhedens behov. Den har endvidere støttet sin opfattelse på generaladvokat La Pergolas forslag til afgørelse i BFI Holding-sagen, hvori det blev påpeget, at direktivet henviser til bestemmelserne i medlemsstaternes retsordener [16].

13 — Meddelelse fra Kommissionen »Forsyningspligtydelser i Europa« af 20.9.2000, EFT 2001 C 17, s. 4.

14 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., herefter »Mannesmann«, Sml. I, s. 73.

15 — Dom af 19.9.2000, sag C-287/98, Sml. I, s. 6917.

16 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola, der blev fremsat den 19.2.1998 i BFI Holding-sagen, nævnt i fodnote 10, punkt 43.

ii) Stillingtagen

38. Det første led af det første spørgsmål vedrører snarere et retsteoretisk problem, nemlig om begrebet »almenhedens behov« skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten eller den nationale ret i den pågældende medlemsstat.

39. Ifølge retspraksis skal begreberne i fællesskabsretten undergives en selvstændig fortolkning, dvs. uafhængigt af medlemsstaternes ret. Der kan kun gøres en undtagelse herfra, såfremt fællesskabsretten udtrykkeligt henviser til national ret[17].

40. Artikel 1 i direktiv 93/36 indeholder ikke en udtrykkelig henvisning til national ret. Denne bestemmelses litra b), tredje afsnit, henviser imidlertid til den fortegnelse over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i litra b), andet afsnit, og som er medtaget som bilag I til direktiv 93/37. Dette kunne anses for at være en implicit henvisning. Også stiltiende henvisninger til medlemsstaternes ret kan ifølge retspraksis tages i betragtning[18].

41. Det skal imidlertid tages i betragtning, at fortegnelsen til direktiv 93/37 ikke er udtømmende[19]. Den skal ganske vist være så fuldstændig som muligt. I sidste instans indeholder den imidlertid kun eksempler på organer, der er offentlige organer som omhandlet i litra b). Den retlige definition i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, som er identisk med den definition i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36, der skal fortolkes i den foreliggende sag, blev indsat på Europa-Parlamentets foranledning. For at sikre en så omfattende anvendelse som muligt af direktivet indføjede Parlamentet begrebet »offentligretlig sammenslutning« (på tysk »Organ des öffentlichen Rechts«)[20], som senere blev ændret til »offentligretligt organ« (»Einrichtung des öffentlichen Rechts«). Medtagelsen af den retlige definition skulle træde i stedet for de lister, der skulle udarbejdes i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 71/305 (EFT L 185, s. 5), og som fastlagde kredsen af ordregivende myndigheder. Denne definition skulle sikre en vidtrækkende anvendelse af direktivet[21]. Det var hensigten at udvide direktivets anvendelsesområde til også at omfatte bygge- og anlægsarbejder, der udføres af tredjemand, og som helt eller delvis, direkte eller indirekte finansieres af offentlige midler[22]. Formålet med den generelle definition af begrebet ordregivende myndighed er netop, at alle organer, som materielt hører til den offentlige sektor, så vidt muligt

17 — Linster-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 43, Ekro-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 11, og Cormandommen, nævnt i fodnote 11, præmis 8.

18 — Ekro-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 14. Jf. tillige Meico-Fell-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 9-12, som vedrørte en henvisning til national strafferet.

19 — Jf. BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 50, Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 36.

20 — Ændringsforslag nr. 4, betænkning fra Udvalget om Økonomi, Valutaspørgsmål og Industripolitik, *Europa-Parlamentets mødedokumenter*, 1988-89, dokument A2-37/88, s. 6, samt begrundelsen, s. 31. Jf. derimod Kommissionens forslag til Rådets direktiv om ændring af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM(86) 679 endelig udg. af 23.12.1986, s. 6 og 22, hvori Kommissionen havde foreslået begrebet »juridiske personer«.

21 — Jf. førnævnte betænkning, begrundelse, s. 31.

22 — Jf. indlægget fra udvalgets ordfører, Beumer, under forhandlingerne i Europa-Parlamentet, den 17.5.1988, *Europa-Parlamentets forhandlinger*, 17.5.1988, nr. 2-365, s. 83.

omfattes af pligten til at afholde udbud, uanset om de er medtaget på fortegnelsen eller ej. I den henseende er fortegnelsen ikke udtømmende. Derfor synes det ikke berettiget at betragte henvisningen til fortegnelsen som en stiltiende henvisning til national ret. Det skal derfor konstateres, at begrebet almenhedens behov skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten.

42. En ren fællesskabsretlig fortolkning følger ikke kun af fællesskabsrettens selvstændighed, men også af kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten [23]. Enheden af den fællesskabsretlige retsorden kunne blive anfægtet, hvis begrebet »almenhedens behov« blev fortolket forskelligt i de enkelte medlemsstater. En og samme virksomhed kan ikke i én medlemsstat anses for at imødekomme almenhedens behov og i en anden medlemsstat ikke anses for at imødekomme almenhedens behov. Under sådanne omstændigheder ville et organ i én medlemsstat måske være forpligtet til at afholde udbud, mens det ikke ville være tilfældet med et organ i en anden medlemsstat, der udøver samme virksomhed. Dette kunne resultere i konkurrencefordrejninger, hvilket ville være i direkte strid med det mål, der forfølges med direktivet, nemlig at udvikle konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter (jf. fjortende betragtning).

43. En fortolkning alt efter, hvordan den pågældende medlemsstat selv definerer sit virksomhedsområde, synes lige så lidt forenelig med udbudsdirektivernes formål. Direktiv 93/36 er ligesom de andre udbudsdirektiver baseret på EF-traktatens artikel 95 (efter ændring nu artikel 90 EF). Det skal derfor bidrage til det indre markeds oprettelse og funktion. Det skal navnlig virkeliggøre de frie varebevægelser inden for offentlige indkøb. Det samordner derfor de nationale bestemmelser, hvilket fremgår af femte betragtning til direktivet. Denne samordning kan imidlertid kun lykkes, hvis der til fortolkningen af centrale begreber som ordregivende myndighed — eller mere præcist begrebet »offentligretligt organ« — udvikles ensartede kriterier. En tilnærmelse af lovgivningerne indebærer ikke, at der gives afkald på en ensartet fortolkning af centrale begreber. Den gennemsigtighed og forudseelighed, der netop er skabt med udbudsdirektiverne, vil igen gå tabt, hvis begrebet »almenhedens behov«, som spiller en væsentlig rolle ved kvalificeringen af en ordregivende myndighed, der er forpligtet til at afholde udbud, kunne fortolkes forskelligt i de enkelte medlemsstater.

23 — Linster-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 43, og Corman-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 8. Dette problem behandles tillige i Meico-Fell-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 9-12. Forskellene mellem de forskellige nationale bestemmelser blev godtaget i denne dom, da den strafferetlige kvalificering af en adfærd ikke var harmoniseret på fællesskabsplan på det tidspunkt, hvor dommen blev afsagt, og derfor var omfattet af national ret.

44. Det bemærkes imidlertid, at selv om begrebet »almenhedens behov« fortolkes på grundlag af fællesskabsretten, er den nationale ret ikke uden betydning. Ved

anvendelsen af et retligt begreb, der er abstrakt, på de konkrete omstændigheder skal der nemlig tages hensyn til de retlige og faktiske omstændigheder i det konkrete tilfælde.

45. Ved kvalificeringen af det østrigske statstrykkeri tog Domstolen således absolut hensyn til, at det var blevet oprettet ved lov og med trykningen af pas, kørekort og identitetskort samt love og administrative forskrifter imødekommer almenhedens behov[24]. I Telaustria og Telefonadress-sagen fastslog Domstolen, at Telaustria var blevet oprettet ved lov, og at den udøvede virksomhed i form af ydelser af offentlige teletjenester[25]. Og i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig tog Domstolen ved kvalificeringen af de offentlige planlægnings- og anlægskontorer (»offices d'aménagement et de construction«) og de almennyttige boligselskaber (»sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré«) også udgangspunkt i de pågældende nationale bestemmelser[26].

46. Som konklusion i forbindelse med det første led af det første spørgsmål kan det således konstateres, at begrebet »almenhedens behov« skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten. Det er først når dette abstrakte retlige begreb anvendes på de faktiske omstændigheder, at det pågældende organs retlige og faktiske situation skal tillægges særlig betydning, i hvilken forbindelse også den nationale ret har betydning.

b) Spørgsmålet, om begravelses- og bedemandsvirksomhed imødekommer almenhedens behov

47. Med det andet spørgsmål ønsker Vergabekontrollsenat oplyst, om det i givet fald fremgår af WLBG's § 10, at Wiener Bestattung imødekommer »almenhedens behov«.

48. Hertil bemærkes indledningsvis, at det efter kompetencefordelingen i artikel 234 EF tilkommer den nationale ret at anvende de fællesskabsretlige bestemmelser, som de fortolkes af Domstolen, i en konkret sag[27]. I denne henseende skal det præjudicielle spørgsmål omformuleres, således at Vergabekontrollsenat ønsker oplyst, om den omstændighed, at der efter loven påhviler en regional eller lokal myndighed en subsidiær forpligtelse til at forestå bisættelser og afholde de dermed forbundne omkostninger, er tilstrækkelig til, at det kan antages, at begravelses- og bedemandsvirksomhed imødekommer almenhedens behov.

i) Parternes argumenter

49. I overensstemmelse med sine bemærkninger til det første led af spørgsmålet er

24 — Mannesmann-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 22-25.

25 — Dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, herefter »Telaustria«, Sml. s. 10745, præmis 36.

26 — Dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Sml. I, s. 939, præmis 45 og 51 ff.

27 — Jf. dom af 8.2.1990, sag C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, Sml. I, s. 285, præmis 11, af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 31, og Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 23.

Truley af den opfattelse, at WLBG's § 10 ikke er relevante for afklaringen af, om Bestattung Wien imødekommer almenhedens behov. Begrebet skal udelukkende fortolkes på grundlag af fællesskabsretten. Truley har til støtte for sin opfattelse påberåbt sig BFI Holding-dommen, hvori Domstolen fastslog, at begrebet skal fortolkes funktionsbestemt [28].

50. Med hensyn til bedemandsvirksomhed er Truley imidlertid af den opfattelse, at almenhedens behov imødekommes hermed. Dette følger på den ene side af en sammenligning med den fortegnelse, der er medtaget som bilag I til direktiv 93/37 [29], og som artikel 1 i direktiv 93/36 henviser til. For det andet henregner Truley kirkegårde og begravelsesvæsen til kerneområdet for de grundlæggende ydelser, som staten af hensyn til almenvellet som omhandlet i BFI Holding-sagen imødekommer i almenhedens interesse.

51. Bestattung Wien ønsker heller ikke at tillægge WLBG's § 10 betydning. Der er tale om en rent sundhedsmæssig foranstaltning, som har til formål at forhindre epidemier. Heraf følger intet med hensyn til kvalificeringen af de behov i videre forstand, som Bestattung Wien imødekommer.

52. Med hensyn til begravelsesydelser har Bestattung Wien foreslået, at der skal sondres mellem ydelser i snæver forstand (drift af kirkegårde, gravning og tilkastning af gravsteder, nedgravning af lig eller aske, opgravning af lig), som varetages af byen Wien, og ydelser i vid forstand (fremvisning af lig på lit de parade, udførelse af begravelsesceremonier, transport af afdøde, rengøring, iklædning af ligklæder og kistelægning af afdøde, tilvejebringelse af gravsteder, udfærdigelse af attester, indrykning af dødsannoncer), som Bestattung Wien varetager. Kun ydelser i snæver forstand imødekommer almenhedens behov. Under henvisning til BFI Holding-dommen har Bestattung Wien karakteriseret disse som behov, som staten vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den i det mindste ønsker at bevare en afgørende indflydelse. Udøvelsen af bedemandserhvervet er en virksomhed, som har gevinst for øje, og dermed en økonomisk aktivitet, men den imødekommer ikke almenhedens behov. Bortset fra muligheden for, at delstatens ministerpræsident kan fastsætte maksimumspriser, er virksomheden, i modsætning til f.eks. driften af kirkegårde, ikke underlagt statsligt tilsyn. Den behovsundersøgelse, der skal foretages i henhold til GewO, er heller ikke noget indicium for, at der er tale om almenhedens behov. Der er tale om en foranstaltning, som også berører andre erhverv, f.eks. taxi- og droskeselskaber og skorstensfejere. Bestattung Wien er således af den opfattelse, at selskabet som følge af det manglende statslige tilsyn ikke imødekommer almenhedens behov, men udøver virksomhed med gevinst for øje.

53. Den østrigske regering er enig i Truleys og Bestattung Wiens opfattelse med hensyn

28 — Truley henviser til BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 62.

29 — EFT L 199, s. 54.

til WLBG's § 10. Foruden det sundhedsmæssige aspekt har den også gjort gældende, at bestemmelsen indeholder en regel om, hvem der skal afholde omkostningerne. Af den omstændighed, at byen Wien har en subsidiær forpligtelse til at afholde omkostningerne, kan det ikke sluttes, at almenhedens behov imødekommes. Dette ville forholde sig anderledes, hvis byen subsidiært var forpligtet til selv at udføre begravelsesydelserne.

54. I forbindelse med fortolkningen af begrebet almenhedens behov har den østrigske regering henvist til Kommissionens meddelelse vedrørende forsyningspligtydelser[30] samt til generaladvokat van Gervens forslag til afgørelse i Merci convenzionali porto di Genova-sagen[31]. Efter regeringens opfattelse skal begrebet »almenhedens behov« forstås som Fællesskabets interesse, hele samfundets interesse eller som varetagelse af almene behov, og det står i modsætning til den individuelle interesse. Endelig har dette begreb imidlertid en foranderlig karakter og kan ikke beskrives præcist. Ifølge den østrigske regering skal begravelses- og bedemandsvirksomhed anses som sådanne behov, hvis imødekommelse er i almenhedens interesse.

55. Den franske regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden anser derimod WLBG's § 10 for at være et indicium for, at der er tale om almenhedens behov. Den franske regering har gjort gældende, at det offentlige i dette tilfælde skal dække omkostningerne for Bestattung Wien. EFTA-Tilsynsmyndigheden har på grundlag af denne bestemmelse antaget, at byen Wien overtager rollen som bedemandsvirksomhed, hvis ingen andre forestår bisættelsen.

56. I forlængelse af sin opfattelse af, at begrebet »almenhedens behov« skal fortolkes på grundlag af national ret, mener Kommissionen endelig, at bestemmelsen i WLBG's § 10 godtgør, at der er tale om almenhedens behov.

ii) Stillingtagen

57. Jeg vil fortolke begrebet almenhedens behov på grundlag af fællesskabsretten, og det skal afklares, om Wiener Bestattung imødekommer sådanne behov. I den forbindelse skal det indledningsvis undersøges, om det allerede fremgår af byen Wiens subsidiære forpligtelse til at forestå bisættelser og afholde de dermed forbundne omkostninger i henhold til WLBG's § 10, at der er tale om et behov hos almenheden.

58. WLBG's § 10 foreskriver, at Magistrat der Stadt Wien sørger for bisættelsen, hvis der ikke er foranlediget nogen bisættelse af afdøde, når der er forløbet fem dage fra

30 — Meddelelse fra Kommissionen KOM(96) 443 »Forsyningspligtydelser i Europa«, EFT C 281, s. 3, og meddelelse fra Kommissionen KOM(2000) 580 »Forsyningspligtydelser i Europa«, nævnt i fodnote 13.

31 — Fremsat den 19.9.1991 (dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Sml. I, s. 5889, på s. 5905), punkt 27.

udfærdigelsen af dødsattesten. Endvidere er det foreskrevet, at byen Wien skal afholde omkostningerne, i det omfang disse hverken påhviler tredjemand eller dækkes af dødsboet. Dermed statuerer bestemmelsen en subsidiær forpligtelse for byen Wien til at forestå bisættelser og en subsidiær forpligtelse til at afholde omkostningerne herved.

59. Ordlyden i WLBG's § 10 giver først og fremmest byen Wien kompetence til at sørge for bisættelsen af afdøde, hvis andre ikke har foranlediget en sådan. Dermed sikres det, at den forpligtelse til at forestå bisættelser, der er forankret i WLBG's § 22, under alle omstændigheder opfyldes. Som det ligeledes fremgår af WLBG's § 22 sammenholdt med § 23, må en bisættelse ikke finde sted uden for dertil indrettede kirkegårde, kolumbarier og anlæg. Denne bestemmelse har til formål at beskytte mod epidemier og andre sundhedsrisici.

60. Derudover skal det tages i betragtning, at § 10 findes i WLBG's del I, og i denne del har det første afsnit overskriften »Ligsyn«. Dette er en politimæssig opgave, der frem for alt har til formål at fastslå dødsårsagen, som det fremgår af WLBG's § 1, stk. 3. Endvidere henvises til WLBG's § 8, stk. 1, som foreskriver, at dødsattesten bl.a. også skal indeholde oplysninger, som har til formål at afværge de risici, som lig kan være forbundet med. Det fremgår tillige af denne bestemmelse, at bisættelsen af afdøde også tjener sundhedsmæssige formål. Disse betragtninger taler for den antagelse, at begravelses- og bedemandsvirksomhed imødekommer almenhedens behov.

61. I overensstemmelse med ovenstående betragtninger vedrørende fortolkningen af artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 skal der ved fortolkningen af begrebet »almenhedens behov« tages hensyn til alle retlige og faktiske omstændigheder i det konkrete tilfælde. Nedenfor skal det derfor undersøges, om det fremgår af de øvrige betragtninger i forelæggelseskendelsen, at begravelses- og bedemandsvirksomhed imødekommer almenhedens behov.

62. Næsten alle parter, som har indgivet indlæg i denne sag, har forsøgt at definere almenhedens behov ved at sammenholde dem med individuelle behov. Navnlig Truley og den østrigske regering har forsøgt at anvende de betragtninger, der er udviklet inden for rammerne af forsyningspligtydelserne, som kommer samtlige og ikke kun nogle borgere til gode.

63. Som allerede nævnt er begrebet almenhedens behov ikke defineret i direktiv 93/36. De andre udbudsdirektiver, direktiv

93/37/EØF[32], Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation[33] og Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler[34], indeholder heller ingen definition af dette begreb, der også anvendes i disse direktiver.

64. Domstolen har tilsyneladende heller ikke hidtil fastlagt en generel definition af, hvad der skal forstås ved almenhedens behov som omhandlet i udbudsdirektiverne. I retspraksis er en række behov dog i mellemtiden blevet anset for at være almenhedens behov: fremstilling af officielle tryksager som pas, kørekort og identitetskort[35], fjernelse og behandling af husholdningsaffald[36], opretholdelse af statsskove og en skovbrugsindustri[37], drift af et universitet[38], drift af offentlige telenet og ydelse af offentlige teletjenester[39], virksomhed som »Offices publics d'aménagement et de construction« og »Société anonyme d'habitations à loyer modéré«, som driver almennyttige boliger[40] og endelig organisering af messer og udstillinger[41].

65. De nævnte eksempler vedrører faktiske omstændigheder, som principielt kommer almenheden til gode. Som anført ovenfor har begravelsesvirksomhed ikke mindst til formål at beskytte mod epidemier og andre risici for almenhedens sundhed. I det mindste i denne henseende vil begravelsesvirksomhed formentlig kunne betragtes som almenhedens behov. Opfatter man derfor begravelsesvirksomhed som en ensartet tjenesteydelse, hvilket alle parter i sagen undtagen Bestattung Wien har gjort, kan det antages, at Bestattung Wien imødekommer almenhedens behov.

66. Bestattung Wien har imidlertid foreslået, at der skal sondres mellem begravelsesydelser i snæver forstand (drift af kirkegårde, begravelse og opgravning af lig) og i vid forstand (tilvejebringelse af gravsteder, fremvisning på lit de parade, udfærdigelse af attester, indrykning af dødsannoncer). Bestattung Wien er af den opfattelse, at selskabet kun udøver virksomhed, der omfatter begravelsesydelser i vid forstand, og derfor ikke imødekommer almenhedens behov, men udelukkende udøver en rent økonomisk aktivitet.

32 — EFT L 199, s. 54.

33 — EFT L 199, s. 84.

34 — EFT L 209, s. 1.

35 — Mannesmann-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 24.

36 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 52.

37 — Domme af 17.12.1998, sag C-353/96, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 8565, præmis 37, og sag C-306/97, Connemara Machine Turf, Sml. I, s. 8761, præmis 32.

38 — Dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 19.

39 — Telaustria-dommen, nævnt i fodnote 25, præmis 35-37.

40 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 26, præmis 45 og 47.

41 — Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 33.

67. De aktiviteter, som Bestattung Wien har opregnet under overskriften begravelsesydelser i vid forstand, svarer til opregningen i GewO's § 130, stk. 1, nr. 1, og stk. 2. Der er tale om aktiviteter, hvor almenhedens behov for sundhedsbeskyttelse har en mindre central placering end den enkeltes interesse i at højtideligholde begravelsesceremonier. Dette kunne tale for den foreslåede opdeling.

68. Det skal imidlertid tages i betragtning, at de bestemmelser i GewO og WLBG, som den forelæggende ret har anført, ikke støtter den sondring mellem de enkelte aktivitetsområder, som Bestattung Wien har foretaget. Allerede den omstændighed, at begravelses- og bedemandsvirksomhed i delstaten Wien reguleres af en og samme lov, nemlig »WLBG« [42], er et indicium for, at der er tale om områder, som ikke kan opdeles. Desuden skal der henvises til WLBG's § 33, stk. 4, hvorefter »udførelse af begravelsesceremonier i kapeller, transport af lig eller aske til hvilestedet [...] samt gravning og tilkastning af gravstederne, nedgravning af lig eller aske og gennemførelse af begravelser varetages af det offentlige eller af de virksomheder, det offentlige har givet tilladelse hertil.« Aktiviteterne begravelsesceremoni og gravlæggelse, som Bestattung Wien har sondret imellem, reguleres sammen i denne bestemmelse. Også dette taler imod, at der skal sondres mellem de forskellige aktivitetsområder.

69. På samme måde behandles de forskellige ydelser, som er forbundet med en begravelse, også ensartet i § 130 i GewO fra 1994. Navnlig fremvisning af lig på lit de parade og begravelsesceremonier, som også er omfattet af WLBG's § 33, stk. 4, nævnes i GewO's § 130, stk. 1, nr. 1. Også dette taler imod muligheden for at opdele de forskellige aktiviteter i aktiviteter, der imødekommer almenhedens behov, og aktiviteter, der imødekommer individuelle behov.

70. Hertil kommer følgende betragtning. I forbindelse med den behovsundersøgelse, der skal foretages i henhold til GewO's § 131, skal der tages hensyn til, om kommunen har truffet tilstrækkelige bestemmelser med hensyn til jordfæstelser og ligbrændinger. Dette indebærer, at kommunen principielt skal sørge for, at begravelsesaktiviteterne udføres. Som eksemplet med byen Wien viser, kan denne selv imødekomme disse behov, som den gjorde indtil 1999 via en forvaltningsenhed under Stadtwerke Wien, eller overdrage dette til tredjemand. Den omstændighed, at kom-

42 — Lov af 16.10.1970, LGBl. nr. 31/1970; senere ændringer af 30.7.1974, LGBl. nr. 38/1974, af 28.2.1986, LGBl. nr. 20/1986, og 25.4.1988, LGBl. nr. 25/1988.

munen i det hele taget sørger for, at disse behov imødekommes, herunder de aktiviteter, der er nævnt i GewO's § 130, stk. 1 og 2, som Bestattung Wien har kvalificeret som begravelsesydelser i vid forstand, taler imidlertid for, at de forskellige aspekter af en bisættelse betragtes ensartet og kvalificeres som almenhedens behov.

71. Det kan således antages, at begravelses- og bedemandsvirksomhed imødekommer almenhedens behov.

3) *Andet spørgsmål: imødekommelse af almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område*

72. Det andet spørgsmål drejer sig om, hvorvidt begravelses- og bedemandsvirksomhed imødekommer almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område. Vergabekontrollsenat har konstateret, at der findes ca. 550 bedemandsforretninger i hele Østrig. Endvidere har Vergabekontrollsenat påpeget, at delstatens ministerpræsident har kompetence til at fastsætte maksimumspriser for begravelsesydelser. Vergabekontrollsenat har i øvrigt anført, at Truley i hovedsagen — uden at det er blevet bestridt — har gjort gældende, at der ikke hersker nogen udviklet konkurrence på markedet i Wien. Ifølge Truleys indlæg i forbindelse med den præjudicielle anmodning er Bestattung Wien på grundlag af en aftale med byen Wien den eneste udbyder af begravelsesydelser i Wien. Vergabekontrollsenat har derfor stillet det spørgsmål, om en udviklet konkurrence er en betingelse for, at det er muligt at fastslå, at der ikke er tale om almenhedens behov uden for det industrielle eller forretningsmæssige område. I denne forbindelse ønsker Vergabekontrollsenat også oplyst, om de faktiske eller retlige omstændigheder er af afgørende betydning, og på hvilket marked konkurrencen skal fastslås, det lokale eller det nationale.

a) Parternes argumenter

73. I forbindelse med analysen af det andet spørgsmål har Truley henvist til British Telecommunications-dommen[43], hvoraf det fremgår, at der i såvel faktisk som retlig henseende skal foreligge konkurrence. Der skal bl.a. tages hensyn til alle de pågældende tjenesters særlige kendetegn, eventuelle substituerende tjenester, prisvilkårene, ordregiverens dominerende stilling på markedet og eventuelle lovbestemte begrænsninger. Efter Truleys opfattelse findes der i retlig henseende ingen konkurrence på markedet for begravelsesydelser. WLBG fastsætter en offentligretlig forpligtelse for byen Wien til subsidiært at forestå bisættelser. Dette gælder uanset

43 — Dom af 26.3.1996, sag C-392/93, Sml. I, s. 1631.

spørgsmålet, om den selv udøver denne funktion eller overdrager den til en privat virksomhed. Desuden er tildelingen af koncession i henhold til GewO betinget af en behovsundersøgelse. Denne ordning udelukker i vidt omfang konkurrencen og kan resultere i, at en virksomhed opnår en monopolstilling på et bestemt område. Konkurrencen begrænses også af den mulighed, som delstatens ministerpræsident har for at fastsætte maksimumspriser, da en markedsøkonomisk prisdannelse herved udelukkes. Denne mulighed har ikke mindst også til formål at undgå misbrug af en monopolstilling.

74. Efter Truleys opfattelse er der heller ingen konkurrence i faktisk henseende. Bestattung Wien er på grundlag af en »eksklusivaftale«, der er indgået mellem byen Wien og Bestattung Wien, den eneste udbyder af disse ydelser i Wien. Selv hvis man imidlertid antager, at der foreligger en udviklet konkurrence, fremgår det af den omstændighed, at begravelsesvirksomhed indgår i de statslige kernekompetencer som omhandlet i BFI Holding-dommen [44], at virksomheden ikke er af industriel eller forretningsmæssig karakter. Det forhold, at der er private udbydere i forbindelse med denne virksomhed udelukker ikke, at det kan antages, at virksomheden ikke er af industriel eller forretningsmæssig karakter.

75. Desuden fremgår det af forarbejderne til Bundesvergabegesetz (østrigsk forbundslov om indgåelse af offentlige kontrakter), at en kvalificering som ordregivende myndighed kun er udelukket, hvis organet skal arbejde på samme vilkår som private konkurrenter. Dette er ikke tilfældet med hensyn til Bestattung Wien, da virksomheden allerede i henhold til stiftelsesdokumentet har opnået skattemæssige begunstigelser. Desuden står de ansatte, som alle blev overtaget fra Stadtwerke Wien, i et særligt tjenesteforhold til Magistrat der Stadt Wien. Det kan endvidere antages, at deres lønninger og pensionsrettigheder er garanteret af Magistrat. I den henseende er Bestattung Wien begunstiget i forhold til andre bedemandsforretninger.

76. Under henvisning til litteraturen vedrørende bestemmelserne om offentlige kontrakter er Truley af den opfattelse, at når der som i den foreliggende sag er tale om en ren formel privatisering, bibeholder det nye organ sin status som ordregivende myndighed.

77. Bestattung Wien er ligeledes af den opfattelse, at det andet spørgsmål skal undersøges på grundlag af, om der foreligger konkurrence, men når til et andet resultat end Truley. Efter Bestattung Wiens opfattelse findes den relevante retlige ramme i GewO, hvorefter begravelses- og bedemandsvirksomhed ikke er forbeholdt staten eller bestemte organer, men principielt står åbent for alle virksomheder. Den omstændighed, at der i visse områder kun findes en enkelte udbyder, skyldes ikke nødvendigvis behovsundersøgelsen, men kan også være resultatet af frie forretnings-

44 — Truley henviser til præmis 52 i BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 10.

mæssige dispositioner. I øvrigt foreligger der konkurrence i Østrig i form af ca. 550 bedemandsforretninger, som alle må drive virksomhed i hele landet. Efter Bestattung Wiens opfattelse foreligger der også en priskonkurrence, da der ikke fastsættes maksimumspriser for alle begravelsesydelser. I forbindelse med de ydelser, hvor der ikke fastsættes maksimumspriser, svarer prisniveauet i Wien til landsgennemsnittet. Endelig er Bestattung Wien af den opfattelse, at selskabet er en virksomhed, som lader sig lede af rent økonomiske hensyn, og som har overskud. Byens organer har ikke øvet indflydelse på virksomhedens beslutninger. Også af denne grund skal Bestattung Wien ikke kvalificeres som et offentligretligt organ som omhandlet i direktiv 93/36.

78. Den østrigske og den franske regering samt Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden er af den opfattelse, at den omstændighed, at der foreligger konkurrence, kun er et indicium for, at der er tale om behov på det industrielle eller forretningsmæssige område. Den retlige og faktiske situation skal undersøges i det konkrete tilfælde. Derudover har de fremført de argumenter, jeg vil gennemgå nedenfor.

79. I lighed med Bestattung Wien har den østrigske regering også anført, at en virksomhed ikke konkurrerer med andre, når den på grundlag af bestemte retlige bestemmelser eller i faktisk henseende favoriseres af staten i forhold til andre virksomheder. Det er imidlertid tilstrækkeligt, at konkurrencen er retligt og faktisk mulig. Efter dens opfattelse er det derimod ikke nødvendigt, at konkurrencen faktisk foreligger, da dette også afhænger af de afgørelser, som virksomheden træffer.

80. Den franske regering har under henvisning til Mannesmann-dommen og BFI Holding-dommen anført, at den omstændighed, at der er private udbydere på det pågældende marked, ikke udelukker, at det kan antages, at der er tale om en aktivitet, der ikke er af industriel eller forretningsmæssig karakter. Det fremgår af retspraksis, at tre kriterier skal undersøges, dvs. formålet med organets oprettelse, den måde, hvorpå behovene imødekommes, og hvilken tilknytning dets virksomhed har til statens beføjelser. Alle tre kriterier er opfyldt i den foreliggende sag. Bestattung Wien er blevet oprettet med henblik på at imødekomme behov, som byen tidligere imødekom. Byens subsidiære forpligtelse til at afholde omkostningerne i henhold til WLBG's § 10 har en direkte indflydelse på, hvordan Bestattung Wien imødekommer disse behov, og med den subsidiære forpligtelse til at forestå bisættelser imødekommes behov med henblik på sundhedsbeskyttelse og hygiejne. Derfor er Bestattung Wien oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område.

81. Kommissionen er af den opfattelse, at eksistensen af konkurrence ikke er en ufravigelig forudsætning for afgørelsen af spørgsmålet, om der er tale om imødekommelse af behov uden for det industrielle

eller forretningsmæssige område. Der skal tages hensyn til alle faktiske og retlige omstændigheder ved afgørelsen af dette spørgsmål.

82. EFTA-Tilsynsmyndigheden er ligeledes af den opfattelse, at Bestattung Wien ganske vist er udsat for konkurrence, men på grund af WLBG's § 10 imødekommer almenhedens behov uden for det industrielle eller forretningsmæssige område.

b) Stillingtagen

83. I BFI Holding-dommen fastslog Domstolen, at den omstændighed, at der foreligger en udviklet konkurrence, og navnlig den omstændighed, at organet handler i en konkurrencesituation på markedet med private udbydere, kan være et indicium for, at der ikke er tale om et behov hos almenheden, der falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område[45]. Dog er den omstændighed, at der foreligger konkurrence i en sektor, kun et indicium for, at et bestemt behov har en industriel eller forretningsmæssig karakter. Som Domstolen nemlig også fastslog i denne dom, udelukker begrebet almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, principielt ikke behov, som ligeledes imødekommes eller kunne imødekommes af private virksomheder[46]. Denne retspraksis blev bekræftet i Agorà og Excelsior-dommen[47].

84. På grundlag af denne retspraksis skal det med hensyn til den forelæggende rets andet spørgsmål indledningsvis konstateres, at det ikke er en ufravigelig forudsætning, at der skal foreligge en udviklet konkurrence, for at de behov, der imødekommes, ikke har en industriel eller forretningsmæssig karakter. Eksistensen af en udviklet konkurrence er derimod kun et indicium for, at de behov, der imødekommes, har en industriel eller forretningsmæssig karakter.

85. Med hensyn til spørgsmålet, om det er tilstrækkeligt, at konkurrence er mulig i retlig og/eller faktisk henseende, eller om der faktisk skal foreligge konkurrence, kan det indledningsvis konstateres, at dette ifølge ovennævnte retspraksis ikke længere kan være et afgørende kriterium. Hvis eksistensen af konkurrence kun er et indicium for, at de behov, der imødekommes, har en industriel eller forretningsmæssig karakter, men ikke alene er afgørende for dette spørgsmål, kan det for fortolkningen af begrebet »behov uden for det industrielle eller forretningsmæssige område« ikke være afgørende, om konkurrencen kun er retligt eller også faktisk mulig eller foreligger.

86. Det bemærkes desuden, at Domstolen i BFI Holding-dommen fremhævede, at definitionen af ordregivende myndighed kun henviser til de behov, som organet skal imødekomme, og intet indeholder om det forhold, at disse eventuelt ligeledes kan

45 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 49.

46 — Samme dom, nævnt i fodnote 10, præmis 53.

47 — Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 38 ff.

imødekommes af private virksomheder[48]. Det er derfor analysen af det pågældende behov, der skal tillægges afgørende betydning.

87. Foruden sine betragtninger med hensyn til indiciet for, at der foreligger konkurrence på et bestemt marked, har Domstolen i BFI Holding-dommen med hensyn til beskrivelsen af almenhedens behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område også fastslået, at de i almindelighed opfyldes på en anden måde end ved udbuddet af goder eller tjenesteydelser på markedet, og at der i almindelighed er tale om behov, som staten af hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse[49]. Disse betragtninger er blevet bekræftet i Agorà og Excelsior-dommen[50].

88. Af disse bemærkninger kan det udledes, at der i forbindelse med vurderingen af spørgsmålet, om der foreligger konkurrence, skal tages hensyn til samtlige omstændigheder, såvel retlige som faktiske. Det skal således undersøges, om begravelsesydelser udføres på anden måde end ved udbud på det relevante marked, eller om byen Wien af hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme ydelserne, eller med hensyn til hvilke den i det mindste ønsker at bevare en bestemmende indflydelse.

89. For at besvare disse spørgsmål skal det relevante marked indledningsvis defineres. Dette er et faktisk spørgsmål, som den forelæggende ret selv skal afgøre[51]. I den forbindelse skal det på den ene side tages i betragtning, at de over 500 godkendte bedemandsforretninger principielt kan udøve virksomhed i hele Østrig. Dette kunne tale for et nationalt marked. På den anden side skal der tages hensyn til den betingelse for godkendelse, der er fastsat i GewO, og den behovsundersøgelse, der skal foretages i denne forbindelse. Denne undersøgelse skal foretages af delstatens ministerpræsident, hvilket kunne være et indicium for, at markedet er begrænset til den pågældende delstat.

90. Den behovsundersøgelse, der skal foretages, er også af betydning i en anden henseende. For det første begrænser den konkurrencen, uanset hvordan det relevante marked defineres i geografisk henseende. De offentlige myndigheder har således i det mindste en væsentlig indflydelse på, hvor mange udbydere der er aktive på markedet.

91. For det andet skal det i forbindelse med behovsundersøgelsen i henhold til GewO's § 131, stk. 2, navnlig undersøges, om kommunen har truffet tilstrækkelige bestemmelser med hensyn til jordfæstelser og ligbrændinger. Dette indebærer, som

48 — BFI Holding-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 40.

49 — Samme dom, nævnt i fodnote 10, præmis 50 og 51.

50 — Agorà og Excelsior-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 37.

51 — Jf. den parallelle problemstilling i forbindelse med konkurrenceretten i dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 31 ff.

allerede anført ovenfor i forbindelse med første spørgsmål, at kommunen selv er aktiv inden for begravelsesvirksomhed og således eventuelt vælger selv at imødekomme behovene på dette område. Disse to aspekter skal vurderes af den forelæggende ret på grundlag af den ovennævnte retspraksis.

92. Af sidstnævnte standpunkt følger ikke nødvendigvis, at kommunen vælger selv at imødekomme disse behov. Også hvis kommunen selv træffer bestemmelser med hensyn til jordfæstelser og ligbrændinger, kan der findes et behov, som går videre end dette, og som den ikke selv imødekommer, hvorfor den trods sin egen virksomhed kan godkende andre udbydere. I tilfælde af, at den vælger selv at imødekomme disse behov, udgør dette imidlertid formentlig en omstændighed, som skal tages i betragtning ved kvalificeringen af begravelsesydelsen. Hvis offentlige myndigheder nemlig bevidst vælger selv at udøve en virksomhed, er dette en grund til at anvende udbudsdirektiverne på det organ, der er blevet favoriseret.

93. Spørgsmålet om, hvorvidt et behov har industriel eller forretningsmæssig karakter eller ej, rejser sig i forbindelse med bestemmelsen af direktivernes personelle anvendelsesområde. Vælger staten selv at udøve en vis virksomhed, er der risiko for, at de beslutninger, der træffes som led i udøvelsen af denne virksomhed, påvirkes af andre end rent økonomiske betragtninger. I den henseende er der anledning til at anvende udbudsdirektiverne og derfor antage, at de behov, der imødekommes, ikke har industriel eller forretningsmæssig karakter. Truleys bemærkninger, hvorefter Bestattung Wien på grundlag af en aftale med byen Wien har eneret til at forestå bisættelser i Wien, bør inden for disse rammer undersøges nærmere af den forelæggende ret.

94. Fra et retligt aspekt skal den nationale ret endvidere tage i betragtning, at konkurrencen på markedet for begravelsesydelser foruden den allerede nævnte behovsundersøgelse i henhold til GewO's § 131 også er begrænset af den omstændighed, at delstatens ministerpræsident i henhold til GewO's § 132 har kompetence til at fastsætte maksimumspriser. I den forbindelse synes Bestattung Wiens påstand om, at dette ikke sker i forbindelse med alle ydelser, ikke ubetinget at være af betydning. Ifølge ordlyden af GewO's § 132 er der under alle omstændigheder ingen saglig begrænsning til bestemte ydelser. Den retligt mulige konkurrence som følge af, at flere bedemandsforretninger kan opnå en godkendelse, begrænses under alle omstændigheder, for så vidt som priserne ikke kan fastsættes frit på grundlag af udbud og efterspørgsel. Dette kunne være et indicium for, at behovet, som omhandlet i den ovennævnte retspraksis, opfyldes på en anden måde end ved udbud af tjenesteydelser på markedet. Desuden øver de offentlige myndigheder også via fastsættelsen af

maksimumspriser en vis indflydelse på udøvelsen af begravelses- og bedemandsvirksomhed, hvilket ligeledes skal tages i betragtning i henhold til ovennævnte retspraksis.

95. I mit forslag til afgørelse i Agorà og Excelsior-sagen samt i forslaget til afgørelse i Universale Bau-sagen foreslog jeg, at man ved undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt et organ imødekommer behov, der falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, bl.a. skal tage hensyn til, om organet bærer den økonomiske risiko ved sine beslutninger. I tilfælde af, at det selv bærer de økonomiske konsekvenser af sine beslutninger, taler dette for, at der er tale om virksomhed på det industrielle eller forretningsmæssige område [52]. Lægges dette til grund i forbindelse med Bestattung Wien, skal den forelæggende ret først undersøge, hvorvidt det af Bestattung Wiens stiftelsesoverenskomst fremgår, at byen Wien i givet fald er forpligtet til at dække tab, som opstår for Bestattung Wien. Endvidere vil de betragtninger, som Truley har anført med hensyn til den tjenesteretlige stilling for de ansatte hos Bestattung Wien og den eventuelle sikring af deres lønninger og pensionsrettigheder, skulle undersøges. I den forbindelse vil det også kunne være af betydning, om selskabsdeltagerne, dvs. Stadtwerke Wien, som ejes af byen Wien, er forpligtet til at dække eventuelle underskud.

52 — Jf. forslaget til afgørelse fremsat den 30.1.2001 i de forenede Agorà og Excelsior-sager, nævnt i fodnote 8, punkt 67, og forslaget til afgørelse af 8.11.2001 i Universale Bau-sagen (dom af 12.12.2002, sag C-470/99, Sml. I, s. 11617), punkt 27 og 45.

96. Derimod synes den subsidiære forpligtelse til at afholde omkostninger i henhold til WLBG's § 10, stk. 1, andet punktum, ikke i sig selv at kunne støtte den antagelse, at Bestattung Wien ikke har nogen økonomisk risiko. Bestemmelsen om omkostningsdækning finder kun anvendelse, hvis omkostningerne til bisættelsen ikke dækkes på anden måde. Denne omkostningsdækning gælder imidlertid principielt over for enhver bedemandsforretning. Hvis man derfor fortolker WLBG's § 10 i den skitserede forstand, ville enhver begravelses- og bedemandsvirksomhed nødvendigvis falde uden for det industrielle eller forretningsmæssige område. Dette synes uforeneligt med bestemmelserne om begravelses- og bedemandsvirksomhed i GewO. I henhold hertil skal det også være muligt at udøve denne virksomhed industrielt eller kommercielt.

97. Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at det ved fortolkningen af betingelsen om »almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område«,

a) ikke er en ufravigelig forudsætning, at der skal foreligge en udviklet konkurrence, for at det kan antages, at et behov har industriel eller forretningsmæssig karakter, og

b) at der ved vurderingen af, om der foreligger konkurrence, skal tages hensyn til såvel de faktiske som de retlige omstændigheder.

4) *Tredje spørgsmål: statens henholdsvis en regional eller lokal myndigheds kontrol*

98. Med det tredje spørgsmål ønsker Vergabekontrollsenat oplyst, om Kontrollamt der Stadt Wiens beføjelser over for Bestattung Wien medfører, at virksomheden er underlagt en regional eller lokal myndigheds kontrol som omhandlet i tredje betingelse i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36.

a) Parternes argumenter

99. Truley er af den opfattelse, at Bestattung Wien er underlagt byen Wiens kontrol som omhandlet i direktiv 93/36. Truley har først og fremmest begrundet dette med ejerforholdene i Bestattung Wien. Bestattung Wien er et 100%-ejet datterselskab af Wiener Stadtwerke Holding AG, hvis eneste aktionær er byen Wien. På grund af disse ejerforhold er Bestattung Wien desuden underlagt kontrol af Rechnungshof. Derudover består Bestattung Wiens bestyrelse til dels af medlemmer af Wiener Stadtwerke Holding AG's direktion. Også med hensyn til en eventuel manglende betalingsevne viser byens indflydelse sig. Denne er på grundlag af WLBG's § 10 forpligtet til i nødstilfælde at indskyde kapital, hvis Bestattung Wien kommer i økonomiske vanskeligheder. I den henseende er Bestattung Wien ikke tvunget til udelukkende at lade sig lede af økonomiske kriterier, da selskabet ikke bærer den økonomiske risiko ved sin virksomhed. Endelig har Truley henvist til punkt 10.3 i stiftelsesoverenskomsten for Bestattung Wien, hvorefter Kontrollamt der Stadt Wien er berettiget til at kontrollere Bestattung Wiens løbende forretningsførelse og videregive resultaterne heraf til byen Wien.

100. Bestattung Wien, den østrigske regering og Kommissionen er derimod af den opfattelse, at en efterfølgende kontrol som den, der udføres af Kontrollamt der Stadt Wien i relation til Bestattung Wien, ikke opfylder kravene til en kontrol som omhandlet i artikel 1 i direktiv 93/36. De har nærmere bestemt anført følgende.

101. Bestattung Wien er af den opfattelse, at den kontrol, der udøves af Kontrollamt, ikke har nogen indflydelse på selskabets løbende forretninger eller forretningspolitik. Der er udelukkende tale om en informationsstrøm, som er tilladt i konkurrenceretlig henseende.

102. Den østrigske regering har tilføjet, at artikel 1 i direktiv 93/36 forudsætter en mulighed for at udøve kontrol på forhånd, hvorved det pågældende organs beslutninger kan styres af ikke-økonomiske hensyn.

103. Kommissionen har henvist til generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Frankrig [53], og er af den opfattelse, at en kontrol som den, der er omhandlet i artikel 1 i direktiv 93/36, er kendetegnet ved, at det pågældende organ er nært knyttet til offentlige myndigheder. Dette skal komme til udtryk ved en mulighed for at få indflydelse på de løbende forretninger, hvilket ikke er tilfældet i forbindelse med den kontrol, som udøves af Kontrollamt der Stadt Wien i relation til Bestattung Wien.

104. Den franske regering har i mindre grad baseret sin argumentation på tidspunktet for end på virkningen af kontrollen. Under henvisning til generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Frankrig [54], har den taget udgangspunkt i, om kontrollen kun berører den talmæssige rigtighed eller bevirker, at organet handler på en bestemt måde i relation til sin virksomhed. Da Kontrollamt også kontrollerer Bestattung Wiens forretningsførelse med hensyn til sparsommelighed, rentabilitet og formålstjenlighed, er der i den foreliggende sag også mulighed for at få indflydelse som omhandlet i artikel 1 i direktiv 93/36.

105. EFTA-Tilsynsmyndigheden er af den opfattelse, at den situation, der er beskrevet i artikel 1 i direktiv 93/36, er kendetegnet ved en meget nær tilknytning. Den foreliggende ret skal undersøge, om Bestattung Wien har en lignende nær tilknytning til byen Wien.

b) Stillingtagen

106. Inden for rammerne af det tredje spørgsmål skal det konstateres, om det på grundlag af Kontrollamts beføjelse til at foretage kontrol hos Bestattung Wien kan antages, at der er mulighed for at øve indflydelse som omhandlet i tredje kriterium i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36. Som Domstolen fastslog i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, drejer det sig i forbindelse med undersøgelsen af dette kriterium om at konstatere, om kontrollen skaber en tilknytning til de offentlige myndigheder, som giver disse mulighed for at påvirke de pågældende organers afgørelser på området for offentlige kontrakter. Dette indebærer, at tilknytningen mellem organet og det offentlige skal være sammenlignelig med den, der består, når et af de to andre alternative kriterier er opfyldt, dvs. når finansieringen af organet i det væsentligste hidrører fra de offentlige myndigheder, eller når det offentlige udpeger mere end halvdelen af det pågældende organs styrende organer [55].

107. I henhold til punkt 10.3 i stiftelsesoverenskomsten for Bestattung Wien er

53 — Forslag til afgørelse fremsat den 19.10.2000, jf. fodnote 26.

54 — Jf. fodnote 53, punkt 51.

55 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 26, præmis 48 og 49.

Kontrollamt berettiget til at kontrollere Bestattung Wiens løbende forretningsførelse med hensyn til talmæssig rigtighed, forskriftsmæssighed, sparsommelighed, rentabilitet og formålstjenlighed såvel som selskabets årsregnskab og situationsrapport, herunder bogføringen af bilag og øvrig dokumentation, at aflægge besøg i selskabets driftslokaler og anlæg samt til at videregive resultaterne af disse kontrolbesøg til de kompetente organer samt til selskabsdeltagerne og til byen Wien. Spørgsmålet er nu, om det på grundlag af denne kontrolmulighed kan antages, at det er muligt at øve indflydelse på de løbende forretninger, navnlig på tildelingen af kontrakter. I den forbindelse vil det bl.a. være vigtigt at konstatere, på hvilket tidspunkt kontrollen finder sted.

108. Vergabekontrollsenat antager tydeligvis i sit tredje præjudicielle spørgsmål, at Kontrollamts kontrol finder sted efterfølgende. Hvis der er tale om en efterfølgende kontrol, synes det principielt udelukket, at der herved er mulighed for at udøve en indflydelse, som svarer til det tredje kriterium i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36.

109. Det synes derimod tvivlsomt, om der i forbindelse med Kontrollamts beføjelse er tale om en efterfølgende kontrol. Ifølge punkt 10.3 i stiftelsesoverenskomsten for Bestattung Wien er Kontrollamt der Stadt Wien berettiget til ikke blot at kontrollere Bestattung Wiens årsregnskab, men også selskabets »løbende forretningsførelse«. I den henseende konstateres det indledningsvis, at ordlyden i bestemmelsen ikke begrænser Kontrollamts beføjelse til en efterfølgende kontrol. En efterfølgende kontrol finder sted med hensyn til Bestattung Wiens årsregnskab. Ifølge stiftelsesoverenskomsten omfatter Kontrollamts kontrolbeføjelse imidlertid også den »løbende forretningsførelse«.

110. Endvidere bemærkes det, at Kontrollamt på grundlag af den nævnte bestemmelse ikke kun har beføjelse til at kontrollere den løbende forretningsførelse med hensyn til talmæssig rigtighed og forskriftsmæssighed. Kontrollamt har derimod også beføjelse til at kontrollere forretningerne med hensyn til sparsommelighed, rentabilitet og formålstjenlighed. Frem for alt tyder kontrollen med hensyn til formålstjenlighed på en meget vidtgående kontrolbeføjelse. Den går videre end en kontrol med hensyn til talmæssig rigtighed og forretningsførelsens lovlighed og tyder på en nær tilknytning mellem den, der foretager kontrollen, og den, der kontrolleres. Kontrollen svarer i realiteten til den »bogføringskontrol«, der er reguleret i WStV's § 73, stk. 1, med hensyn til enheder under den kommunale forvaltning.

111. Denne indholdsmæssige overensstemmelse skyldes formentlig bestemmelsen i WStV's § 73, stk. 2 og 3, hvorefter Kontrollamt kontrollerer erhvervsvirksomheder, hvori kommunen ejer en andel. Også dette er et indicium for den nære tilknytning mellem Bestattung Wien og byen Wien.

112. Hertil kommer, at den pågældende bestemmelse giver Kontrollamt beføjelse til ikke blot at kontrollere bilag og øvrig dokumentation, dvs. at foretage en bogføringskontrol. Kontrollamt har derimod også mulighed for at aflægge besøg i Bestattung Wiens driftslokaler og anlæg. Også dette giver en vidtgående kontrolbeføjelse, som gør det muligt for Kontrollamt at gennemføre en selvstændig kontrol. Bestemmelsen sikrer formentlig bl.a. opfyldelsen af den forpligtelse til at gennemføre en særlig forretningsførelseskontrol, der er fastsat i WStV's § 73, stk. 6. Heraf fremgår også, at der er tale om en nær tilknytning mellem kommunen og Bestattung Wien.

113. Endelig videregiver Kontrollamt i henhold til punkt 10.3 i stiftelsesoverenskomsten resultaterne af kontrolbesøgene til ikke blot de kompetente organer og selskabsdeltagerne i Bestattung Wien, men også til byen Wien. Bortset fra, at alle kapitalandele i Bestattung Wien ejes af byen Wien, og byen Wien dermed i sin egenskab af selskabsdeltager skal informeres, gør denne bestemmelse det muligt at underrette byen, selv hvis den ikke længere skulle være selskabsdeltager via Wiener Stadtwerke Holding AG. Også i denne henseende er der tale om en meget vidtgående kontrol fra de offentlige myndighedernes side.

114. Kun som supplement bemærkes følgende: Det spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, har til formål at fastslå, om Bestattung Wien opfylder det tredje kriterium, som i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 skal foreligge, for at der er tale om et offentligretligt organ, og for at udbudsdirektiverne finder anvendelse. I denne forbindelse bemærkes det, at Bestattung Wien ejes 100% af Wiener Stadtwerke Holding AG, som på sin side ejes 100% af byen Wien. I Mannesmann-dommen konkluderede Domstolen bl.a. på grundlag af den omstændighed, at den østrigske stat fortsat var indehaver af aktiemajoriteten i statstrykkeriet, at statstrykkeriet var underlagt statens kontrol[56]. I Telaustria-dommen bekræftede Domstolen denne vurdering og sluttede ligeledes på grundlag af statens ejerandele, at denne har mulighed for at øve indflydelse[57]. I den henseende synes det absolut rimeligt at konkludere, at kommunen har en væsentlig indflydelse på Bestattung Wien.

115. Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at betingelsen i artikel 1, litra b), i direktiv 93/36 om, at ledelsen af offentligretlige organer skal være underlagt statens henholdsvis en regional eller lokal myndigheds kontrol, også er opfyldt, når der er tale om en kontrol, som vedrører den løbende forretningsførelse og formålstjenligheden af det pågældende organs virksomhed, som omfatter selvstændige kontrolbesøg i driftslokaler og anlæg, og som fastsætter en forpligtelse til at underrette den kommune, som via et andet selskab, hvori kommunen er eneaktionær, ejer alle andele i det kontrollerede organ.

56 — Mannesmann-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 28.
57 — Telaustria-dommen, nævnt i fodnote 25, præmis 35.

VI — Forslag til afgørelse

116. På baggrund af ovenstående foreslår jeg at besvare de præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»1) Begrebet »almenhedens behov« skal fortolkes på grundlag af fællesskabsretten. Det er først når dette abstrakte retlige begreb anvendes på de faktiske omstændigheder, at det pågældende organs retlige og faktiske situation, og i denne forbindelse også den nationale ret, skal tillægges betydning.

Begravelses- og bedemandsvirksomhed imødekommer almenhedens behov.

2) Ved fortolkningen af betingelsen om »almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område«,

a) er det ikke en ufravigelig forudsætning, at der skal foreligge en udviklet konkurrence, for at det kan antages, at et behov har industriel eller forretningsmæssig karakter

b) skal der ved vurderingen af, om der foreligger konkurrence, tages hensyn til såvel de faktiske som de retlige omstændigheder.

3) Betingelsen i artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb om, at ledelsen af offentligretlige organer skal være underlagt statens henholdsvis en regional eller lokal myndigheds kontrol, er også opfyldt, når der er tale om en kontrol, som vedrører den løbende forretningsførelse og formålstjenligheden af det pågældende organs virksomhed, som omfatter selvstændige kontrolbesøg i driftslokaler og anlæg, og som fastsætter en forpligtelse til at underrette den kommune, som via et andet selskab, hvori kommunen er eneaktionær, ejer alle andele i det kontrollerede organ.«