DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 27 februari 2003 *

I mål C-373/00,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiggjorda målet mellan

Adolf Truley GmbH

och

Bestattung Wien GmbH,

angående tolkningen av artikel 1 b i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126),

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Wathelet samt domarna C.W.A. Timmermans (referent), P. Jann, S. von Bahr och A. Rosas,

generaladvokat: S. Alber,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H.A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Adolf Truley GmbH, genom S. Heid, Rechtsanwalt,

— Bestattung Wien GmbH, genom P. Madl, Rechtsanwalt,

— Österrikes regering, genom H. Dossi, i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom G. de Bergues, A. Bréville-Viéville och S. Pailler, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Nolin, i egenskap av ombud, biträdd av R. Roniger, Rechtsanwalt,

— Eftas övervakningsmyndighet, genom E. Wright, i egenskap av ombud,

med hänsyn till referentens rapport,

och efter att den 21 mars 2002 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Vergabekontrollsenat des Landes Wien (nämnden för kontroll av upphandlingar i delstaten Wien) har, genom beslut av den 14 september 2000 som inkom till domstolens kansli den 11 oktober samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt tre frågor om tolkningen av artikel 1 b i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Adolf Truley GmbH (nedan kallat Truley), Drosendorf an der Thaya (Österrike), och Bestattung Wien GmbH (nedan kallad Bestattung Wien), Wien (Österrike), angående det beslut som hade fattats av det senare bolaget att inte anta det anbud som Truley hade lämnat vad gäller ett kontrakt om leverans av utrustning för likkistor.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 Artikel 1 b i direktiv 93/36 har följande lydelse:

"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, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

'ett organ som lyder under offentlig rätt' är varje organ:

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär,

och

— som är juridisk person,

och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

Förteckningarna över organ eller kategorier därav som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket återfinns i bilaga 1 till direktiv 93/37/EEG. Dessa förteckningar skall vara så fullständiga som möjligt och kan revideras enligt artikel 35 i direktiv 93/37/EEG."

Den nationella lagstiftningen

Bestämmelser om offentlig upphandling

4 I bestämmelserna om offentlig upphandling i österrikisk rätt anges att behörighet har tilldelats dels staten, dels delstaterna (Länder). I delstaten Wien regleras detta

rättsområde i Wiener Landesvergabegesetz (lag om offentlig upphandling för delstaten Wien, LGBl. 1995/36, i dess lydelse enligt LGBl. 1999/30, nedan kallad WLVergG).

5 12 § första stycket WLVergG har följande lydelse:

"1. Denna lag gäller för tilldelning av kontrakt genom upphandlande myndigheter. Upphandlande myndighet är i den mening som avses i denna lag

1. Wien i egenskap av delstat eller kommun, samt

2. organ som tillkommit enligt delstatslagar i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, och som i vart fall i begränsad omfattning har rättskapacitet, och

   a) som till övervägande del förvaltas av organ som lyder under staden Wien eller annan juridisk person i den mening som avses i punkterna 1—4 eller av personer som utses av ovannämnda juridiska person, eller

   b) vars förvaltning står under staden Wiens tillsyn eller annan juridisk person i den mening som avses i punkterna 1—4, eller

c) som till övervägande del finansieras av staden Wien eller av annan juridisk person i den mening som avses i punkterna 1—4, och

3. ...

4. ..."

Staden Wiens statslag

6 71 § i Wiener Stadtverfassung (staden Wiens statslag, LGBl. 1968/28, i dess lydelse enligt LGBl. 1999/17, nedan kallad WStV):

"1) Företag i den mening som avses i förevarande lag är ekonomiska enheter som av stadsfullmäktige anses vara företag. Stadsfullmäktige har även möjlighet att fastslå att ett företag skall bestå av flera enheter.

2) Företagen är inte juridiska personer. Förvaltningen av deras tillgångar är åtskild från kommunens övriga tillgångar. Företagen drivs på affärsmässiga grunder. Om ett företag skrivs in i företagsregistret, skall det av firman klart framgå att det rör sig om ett av staden Wiens företag.

3) Stadsfullmäktige fastställer en bolagsordning för dessa företag mot bakgrund av bland annat 67 § andra stycket. Regler om den interna organisationen och om fördelningen av uppgifter (91 §) tillämpas endast på företagen i den utsträckning som det finns en uttrycklig hänvisning härtill. Av lämplighets-, besparings- och lönsamhetshänsyn, liksom av hänsyn till graden av självständighet som företagen har uppnått i förhållande till andra delar av Magistrat [der Stadt Wien (staden Wiens stadsförvaltning)], fastställs, i detalj i bolagsordningen, enheterna, deras behörighet, deras organisation och förvaltning, deras drift enligt ekonomiska och bokföringsmässiga principer samt principer om framläggande av räkenskaper. Kommunala myndigheters behörighet vad avser personal gäller även för företagen. Vid fastställandet av behörigheterna är det förbehållet

1. stadsfullmäktige att:

a) godkänna och återta ställningen som företag;

b) uppdela ett företag i enheter;

c) fastställa huvudmål, riktlinjer, projekt och förvaltningsprogram för företaget.

...

...."

7 Av 73 § WStV angående Kontrollamt der Stadt Wien (staden Wiens tillsynsmyndighet, nedan kallad Kontrollamt), som strukturellt sett utgör en del av Magistrat der Stadt Wien, framgår följande:

"1. Kontrollamt skall utöva tillsyn över hela kommunens förvaltning och medel och förvaltningen för alla organ som lyder under kommunen, över fonder och stiftelser som är juridiska personer, vad avser sifferuppgifternas riktighet och att verksamheterna bedrivs på ett korrekt, ekonomiskt, lönsamt och ändamålsenligt sätt (revision)....

2. Kontrollamt skall även utöva tillsyn över förvaltningen av företag som bedrivs på affärsmässiga grunder, i vilka kommunen är majoritetsägare. Om ett sådant företag som bedrivs på affärsmässiga grunder äger mer än hälften av ett annat företag skall tillsynen även omfatta det andra företaget. Kontrollamts behörighet att utöva tillsyn skall säkerställas genom särskilda åtgärder.

3. Kontrollamt får vidare utöva tillsyn över förvaltningen av organ (företag som bedrivs på affärsmässiga grunder, föreningar, etc.), i vilka kommunen äger en mindre andel än som nämns i föregående stycke, eller i vars styrelser kommunen är representerad, i den mån som kommunen har förbehållit sig rätten att utöva tillsyn. Detta gäller även för organ som erhåller bidrag från kommunen eller för vilka kommunen har påtagit sig ansvar.

...

6. Kontrollamt skall, efter beslut av stadsfullmäktige eller tillsynsutskottet, på begäran av borgmästaren och vice borgmästaren, i den mån som den sistnämnde agerar inom ramen för sin behörighet, genomföra särskilda förvaltnings- och säkerhetskontroller och underrätta de hänskjutande organen om resultaten av dessa undersökningar.

...."

Bestämmelser om begravningsverksamhet

8 Begravningsentreprenörers verksamhet är reglerad på statlig nivå genom 130—134 §§ i Gewerbeordnung 1994 (österrikisk lag om näringsverksamhet, BGBl. 1994/194, i dess lydelse enligt BGBl. I, 1997/63, nedan kallad GewO). Av dessa bestämmelser framgår att, enligt österrikisk rätt, begravningsentreprenörers verksamhet inte är förbehållen särskilda juridiska personer såsom staten, delstaterna eller kommunerna, men att det för verksamheten däremot krävs ett förhandstillstånd som delas ut beroende på om ett aktuellt eller framtida behov föreligger. Enligt 131 § andra stycket GewO skall den myndighet som är ansvarig för tilldelningen av ett sådant tillstånd särskilt kontrollera att kommunen har vidtagit tillräckliga åtgärder vad beträffar begravningar och kremeringar.

9 Enligt de uppgifter som den hänskjutande domstolen har lämnat har villkoret att det skall föreligga ett behov endast betydelse för erhållandet av tillståndet att bedriva begravningsverksamhet. Om behovet därefter upphör, har myndigheterna inte möjlighet att återta ett redan beviljat tillstånd.

10 Även om GewO inte innehåller någon bestämmelse där en begränsning av verksamheten till ett visst geografiskt område föreskrivs, har Landeshauptmann (ministerpresidenten) emellertid behörighet enligt 132 § första stycket GewO att fastställa tariffer där ett högsta pris för begravningstjänster anges antingen för hela delstaten, för enskilda distrikt eller för varje kommun.

11 Vad gäller delstaten Wien återfinns närmare bestämmelser om begravningsverksamhet i Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz (lag om begravningsverksamhet i delstaten Wien, LGBl. 1970/31, i dess lydelse enligt LGBl. 1988/25, nedan kallad WLBG). 10 § första stycket i denna lag har följande lydelse:

"Har ingen vidtagit åtgärder för begravning av den avlidne efter utgången av den femte dagen efter det att dödsbeviset har utfärdats, skall Magistrat [der Stadt Wien] ombesörja att begravning (gravsättning eller kremering) sker på någon av staden Wiens begravningsplatser. Staden Wien skall endast ersätta begravningskostnaderna i den mån de varken kan ersättas av tredje man eller dödsboet."

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Såsom framgår av begäran om förhandsavgörande har de tillämpliga bestämmelserna om begravningsverksamhet i Wien ändrats i väsentlig utsträckning under de senaste åren.

13 Fram till år 1999 bedrevs denna verksamhet av Wiener Bestattung (Wiens begravningsbyrå), en enhet inom Wiener Stadtwerke (Wiens kommunala verk), som i sig utgjorde ett företag i staden Wien i den mening som avses i 71 § WStV. I denna egenskap var Wiener Bestattung — liksom Wiener Stadtwerke — inte en egen juridisk person utan utgjorde en del av Magistrat der Stadt Wien. Inom ramen för sin verksamhet anordnade Wiener Bestattung vid ett flertal tillfällen anbudsförfaranden i vilka Truley, som är ett företag som tillhandahåller begravningstjänster, verkade ha deltagit med framgång.

14 Den 17 december 1998 beslutade Wiens stadsfullmäktige att skilja Wiener Stadtwerke från stadsförvaltningen och att bilda ett nytt bolag som är en juridisk person, Wiener Stadtwerke Holding AG (nedan kallad WSH), vars aktier till 100 procent ägs av staden Wien. Detta bolag består av sex verksamma dotterbolag och ett av dessa är Bestattung Wien. Av handlingarna i målet framgår att detta bolag, vars kapital i sin helhet ägs av WSH, är en juridisk person. Startdatumet för bolagets verksamhet fastställdes av Magistrat der Stadt Wien till den 12 juni 1999.

15 En kort tid efter bildandet inledde Bestattung Wien ett upphandlingsförfarande som offentliggjordes i såväl *Amtlicher Lieferanzeiger* (officiell tidning för meddelanden om upphandling av varor) som *Amtsblatt der Stadt Wien* (staden Wiens officiella tidning). Upphandlingsförfarandet rörde tilldelning av ett kontrakt angående leverans av utrustning för likkistor. Truley lämnade ett anbud inom ramen för detta förfarande, men informerades, genom skrivelse av den 6 juni 2000, att bolaget inte hade tilldelats kontraktet på grund av att priset var alltför högt.

16 Truley var dock av uppfattningen att bolagets anbud var det enda som motsvarade de krav som ställdes i meddelandet om upphandling, varför bolaget inledde ett omprövningsförfarande vid Vergabekontrollsenat des Landes Wien vad beträffar tilldelningen av kontraktet.

17 Inom ramen för detta förfarande hävdade Bestattung Wien att företaget inte längre omfattades av direktiv 93/36 och av WLVergG, eftersom det hade blivit en juridisk person och var helt oberoende av Magistrat der Stadt Wien. Truley gjorde gällande att nämnda direktiv och WLVergG fortfarande var tillämpliga fullt ut på grund av den nära anknytning som finns mellan Bestattung Wien och staden Wien. Truley anförde därvid att samtliga aktier i Bestattung Wien ägdes av WSH som i sin tur ägs till 100 procent av staden Wien.

18 Vergabekontrollsenat des Landes Wien ansåg under dessa omständigheter att utgången i det aktuella målet berodde på tolkningen av begreppet "upphandlande myndighet" i artikel 1 b i direktiv 93/36, bland annat mot bakgrund av domarna av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73), och av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821), och beslutade därför att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1. Skall begreppet 'allmänna intressen' i artikel 1 b i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor tolkas på så sätt att

a) vad som utgör allmänna intressen skall definieras enligt medlemsstatens nationella rättsordning?

b) det är tillräckligt att en regional eller lokal myndighet har en lagstadgad subsidiär skyldighet att fullgöra en uppgift för att denna skall anses avse ett allmänt intresse?

2. Vid tolkning av rekvisitet 'inte har industriell eller kommersiell karaktär' i den mening som avses i direktiv 93/36/EEG, är a) förekomsten av en utvecklad konkurrens en avgörande förutsättning eller b) beror det på de faktiska eller på de rättsliga omständigheterna i det enskilda fallet?

3. Är rekvisitet att ett organ som lyder under offentlig rätt skall stå under tillsyn av staten respektive en lokal eller en regional myndighet i artikel 1 b i direktiv 93/36/EEG uppfyllt redan genom en granskning i efterhand, såsom den som kan utföras av staden Wiens Kontrollamt?"

Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

19 Med hänvisning till dom av den 28 november 1991 i mål C-186/90, Durighello (REG 1991, s. I-5773), och av den 16 januari 1997 i mål C-134/95, USSL n° 47 di Biella (REG 1997, s. I-195), i vilka domstolen bland annat har slagit fast att en begäran från en nationell domstol skall avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, har Bestattung Wien gjort gällande att frågan huruvida den skall anses vara en upphandlande myndighet, inte är relevant i målet vid den nationella domstolen.

20 Enligt Bestattung Wien framgår av 99 § WLVergG att Vergabekontrollsenat des Landes Wiens endast har behörighet, efter tilldelningen av kontraktet, att fastställa att kontraktet på grund av åsidosättande av bestämmelserna i denna lag inte har tilldelats den anbudsgivare som har lämnat det bästa budet samt att Vergabekontrollsenat endast skall handlägga ärenden i den mån som beslutet, som har påstått vara olagligt, är avgörande för upphandlingsförfarandet. I målet

vid den nationella domstolen blev Truleys anbud vad gäller priset på utrustning för likkistor emellertid placerat på näst sista plats och Truley har därför inte något rättsligt intresse av att uppnå det som yrkats, eftersom företaget under alla omständigheter inte kan anses ha lämnat det bästa budet i den mening som avses i 99 § första stycket WLVergG och följaktligen inte skulle ha kunnat tilldelas kontraktet.

21 I detta avseende skall det uppmärksammas att det framgår av domstolens fasta rättspraxis, bland annat av domen i det ovannämnda målet Durighello som Bestattung Wien har åberopat, att det uteslutande ankommer på de nationella domstolarna, vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen (se domen i det ovannämnda målet Durighello, punkt 8). Följaktligen är domstolen, när frågor har ställts angående tolkning av gemenskapsrätten, i princip skyldig att avgöra frågan.

22 Vidare har domstolen vid upprepade tillfällen fastslagit att domstolen endast har möjlighet att vägra att avgöra en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att den skall kunna lämna ett användbart svar på de frågor som har ställts (se bland annat dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra, REG 2001, s. I-2099, punkt 39, och av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital, REG 2002, s. I-607, punkt 19).

23 I förevarande fall är det inte uppenbart att de frågor som har ställts av den nationella domstolen omfattas av något av dessa fall.

24 För det första kan det inte med framgång göras gällande att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i den nationella domstolen eller att frågorna är hypotetiska, eftersom bedömningen av om det i den nationella domstolen aktuella beslutet om tilldelning av kontrakt är lagligt bland annat beror på huruvida svaranden i den nationella domstolen kan anses vara en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36.

25 För det andra har den nationella domstolen lämnat alla upplysningar som är nödvändiga för att domstolen skall kunna lämna ett användbart svar på de frågor som har ställts.

26 Härav följer att begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.

Den första frågan

27 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan, som består av två delar, för att få klarhet i hur stor räckvidd begreppet "allmänna intressen" i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/36 har.

Den första delen av den första frågan

28 Den hänskjutande domstolen har ställt den första delen av den första frågan för att få klarhet i huruvida begreppet "allmänna intressen" skall definieras i gemenskapsrätten eller i varje medlemsstats rättsordning.

Yttranden som har inkommit till domstolen

29 Truley och den österrikiska regeringen är av uppfattningen att begreppet "allmänna intressen" är ett gemenskapsrättsligt begrepp som skall bedömas självständigt utan hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar. Dels har de åberopat syftet med gemenskapsdirektiven om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling, nämligen att utsätta de nationella marknaderna, som tidigare var avskärmade från konkurrens, för konkurrens och att informera dem som berörs och är etablerade i gemenskapen om de organ som skall anses vara upphandlande myndigheter. Dels har de hänvisat till domen i det ovannämnda målet BFI Holding, i vilken domstolen har fastslagit att begreppet "allmänna intressen" skall bedömas på ett objektivt sätt, utan hänsyn till den rättsliga formen av de bestämmelser där dessa intressen uttrycks.

30 Truley har härvid gjort gällande att det från rättssäkerhetssynpunkt inte kan accepteras att en verksamhet antingen kan anses tillgodose allmänna intressen eller inte anses göra det beroende på i vilken medlemsstat verksamheten utövas, under det att den österrikiska regeringen har anfört att det följer av domstolens rättspraxis, bland annat av dom av den 18 januari 1984 i mål 327/82, Ekro (REG 1984, s. 107), och av den 27 november 1991 i mål C-273/90, Meico-Fell (REG 1991, s. I-5569), att gemenskapsrättsliga begrepp skall tolkas med hänvisning till nationella begrepp endast i de undantagsfall där det uttryckligen eller indirekt hänvisas till definitioner i medlemsstaternas rättsordningar, vilket inte är fallet i förevarande mål.

31 Även om Bestattung Wien liksom den franska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet delar Truleys och den österrikiska regeringens uppfattning enligt

vilken begreppet "allmänna intressen" är ett gemenskapsrättsligt begrepp, anser de emellertid att dess tillämpning i enskilda fall omfattas av medlemsstaternas behörighet med hänsyn till de uppgifter som ankommer på de senare. I detta avseende hänvisar de bland annat till syftet med de relevanta gemenskapsdirektiven som är att samordna de nationella bestämmelserna om offentlig upphandling — men inte att göra dem enhetliga — , liksom till bilaga I till rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), som innehåller en förteckning över de organ som uppfyller de villkor som anges i artikel 1 b i direktiv 93/36. Enligt Bestattung Wien skulle en liknande förteckning över de organ som anses vara upphandlande myndigheter i medlemsstaterna vara onödig, om begreppet allmänna intressen var utformat som ett rent gemenskapsrättsligt begrepp. Det ankommer därför på varje medlemsstat att, vid fastställandet av målen för associationspolitiken, bestämma innehållet av begreppet allmänna intressen och i varje enskilt fall utreda det aktuella organets rättsliga och faktiska situation i syfte att bedöma huruvida det tillgodoser allmänna intressen eller inte.

32 Enligt kommissionen skall begreppet "allmänna intressen" fastställas mot bakgrund av nationell rätt. I detta avseende har det hänvisats dels till domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., i vilken domstolen grundade sig på relevanta nationella bestämmelser och fastställde att det österrikiska statstryckeriet skapades för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, dels till domen i det ovannämnda målet BFI Holding, i vilken domstolen bland annat mot bakgrund av förteckningen i bilaga I till direktiv 93/37 fastslog att bortskaffande och behandling av hushållssopor tillhör de verksamheter som medlemsstaten kan bestämma skall utföras av offentliga myndigheter eller i förhållande till vilka den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande.

Domstolens svar

33 Inledningsvis skall det påpekas att direktiv 93/36 inte innehåller någon definition av begreppet "allmänna intressen".

34 I artikel 1 b andra stycket i nämnda direktiv preciseras endast att sådana allmänna intressen inte skall ha industriell eller kommersiell karaktär, under det att det framgår av en allmän genomläsning av samma bestämmelse att tillgodoseende av allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär utgör en nödvändig, men otillräcklig, förutsättning för att anse att ett visst organ är ett "organ som lyder under offentlig rätt" och därmed en "upphandlande myndighet" i den mening som avses i direktiv 93/36. Vidare skall organet enligt detta direktiv vara en juridisk person och, vad gäller finansiering, förvaltning eller tillsyn till stor del vara beroende av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt (se, vad beträffar nämnda förutsättningars kumulativa karaktär, med samma formulering i 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 (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), och artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37, domarna i de ovannämnda målen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkterna 21 och 38, och BFI Holding, punkt 29, dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939, punkt 40, och av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior, REG 2001, s. I-3605, punkt 26).

35 Enligt fast rättspraxis följer det av såväl kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten som likhetsprincipen att en gemenskapsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar när det gäller att bestämma dess betydelse och räckvidd normalt skall ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen, vilket skall göras med hänsyn tagen till sammanhanget och syftet med föreskrifterna i fråga (se, bland

annat, dom i det ovannämnda målet Ekro, punkt 11, av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster, REG 2000, s. I-6917, punkt 43, och av den 9 november 2000 i mål C-357/98, Yiadom, REG 2000, s. I-9265, punkt 26).

36 I förevarande fall är det utrett att artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/36 inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar, och ovannämnda begrepp skall därför ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen.

37 Denna slutsats påverkas inte av den omständigheten att artikel 1 b tredje stycket i direktiv 93/36 innehåller en hänvisning till bilaga I till direktiv 93/37, som innehåller en förteckning över de organ och kategorier av organ som lyder under offentlig rätt som i varje medlemsstat som uppfyller de i artikel 1 b andra stycket uppräknade villkoren.

38 Det kan nämligen för det första konstateras att nämnda bilaga inte i sig innehåller någon definition av begreppet "allmänna intressen" som bland annat återfinns i artikel 1 b i direktiv 93/36 och i artikel 1 b i direktiv 93/37.

39 Även om det för det andra tydligt framgår av ordalydelsen i artikel 1 b i direktiv 93/36 att förteckningen i bilaga I till direktiv 93/37 är avsedd att vara så fullständig som möjligt och därför kan revideras enligt det förfarande som anges i artikel 35 i direktiv 93/37, förhåller det sig inte desto mindre så att den inte har en uttömmande karaktär (se bland annat domarna i de ovannämnda målen BFI Holding, punkt 50, och Agorà och Excelsior, punkt 36), eftersom graden av precision i nämnda förteckning varierar betydligt från en medlemsstat till en annan.

40 Av detta följer att begreppet "allmänna intressen" i artikel 1 b i direktiv 93/36 omfattas av gemenskapsrätten och skall tolkas med hänsyn till det sammanhang som artikeln ingår i och till syftet med nämnda direktiv.

41 I detta avseende skall det påpekas att domstolen redan vid ett flertal tillfällen har fastslagit att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således till att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och vilka önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat (se bland annat dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkt 16, i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 41, dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 43, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 51).

42 Vidare framgår det av fast rättspraxis att syftet med gemenskapsdirektiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som 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 (se bland annat domarna i de ovannämnda målen University of Cambridge, punkt 17, kommissionen mot Frankrike, punkt 42, och Universale-Bau m.fl., punkt 52).

43 Mot bakgrund av detta dubbla syfte att öppna upp för konkurrens och insyn, skall begreppet organ som lyder under offentlig rätt ges stor räckvidd.

44 Av detta följer att om ett visst organ inte återfinns i förteckningen i bilaga I till direktiv 93/37, skall det aktuella organets rättsliga och faktiska situation i varje enskilt fall utredas i syfte att bedöma huruvida det tillgodoser allmänna intressen eller inte.

45 Av det ovan anförda följer att den första delen av den första frågan skall besvaras så, att begreppet "allmänna intressen" i artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/36 är ett självständigt gemenskapsrättsligt begrepp.

Den andra delen av den första frågan

46 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra delen av den första frågan för att få klarhet i huruvida begravningsverksamhet tillgodoser allmänna intressen. I detta avseende söker den nationella domstolen närmare bestämt få klarhet i huruvida den omständigheten att en regional eller lokal myndighet har en lagstadgad skyldighet att ombesörja begravningar — och i förekommande fall ersätta kostnaderna — , för den händelse att de inte äger rum inom en viss tid efter det att dödsbeviset har utfärdats, i sig är tillräcklig för att dylika allmänna intressen skall skall anses föreligga.

Yttranden som har inkommit till domstolen

47 Även om Truley och den österrikiska regeringen, som en följd av deras yttranden i den första delen av den första frågan, anser att en skyldighet såsom den som

anges i 10 § första stycket WLBG inte har någon inverkan på frågan huruvida allmänna intressen föreligger eller inte, eftersom det avgörande bedömningskriteriet för detta begrepp enligt dem är gemenskapsrättsligt och inte omfattas av den nationella rätten, har de däremot hävdat att begravningsverksamhet utan tvekan tillgodoser allmänna intressen. I detta hänseende grundar de sig dels på bilaga I till direktiv 93/37 som, vad beträffar Förbundsrepubliken Tyskland, innehåller en uttrycklig hänvisning till kyrkogårdar och begravningstjänster, dels på domen i det ovannämnda målet BFI Holding, i vilken domstolen har slagit fast, vad gäller bortskaffande och behandling av hushållssopor, att denna verksamhet tillhör dem som medlemsstaten kan bestämma skall utföras av offentliga myndigheter eller i förhållande till vilka den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande. Enligt Truley tillhör även begravningsverksamhet den "viktigaste delen" av de grundläggande tjänster som skall utföras av staten i allmänhetens intresse.

48 Denna inställning har till viss del bestritts av svaranden i målet vid den nationella domstolen. Även om Bestattung Wien i likhet med Truley och den österrikiska regeringen anser att 10 § första stycket WLBG inte är relevant för bedömningen av huruvida allmänna intressen föreligger, har Bestattung Wien emellertid gjort gällande att detta begrepp i förevarande fall endast omfattar begravningstjänster i snäv bemärkelse, nämligen begravning och uppgrävning av kroppar, kremering samt förvaltning av allmänna begravningsplatser och gravurnekammare. Verksamheter såsom utfärdande av dödsbevis, införande av dödsannonser i tidningar och upptryckande av meddelanden om dödsfall, framvisning av den avlidne på katafalken, tvättning, påklädning och placering av den avlidne i kistan, transport av denne till den sista vilan, underhåll av gravar — av vilka verksamheter svaranden i målet vid den nationella domstolen anser samtliga utgöra begravningstjänster "i vid bemärkelse" — tillhör däremot inte de verksamheter i vilka staten anser sig vilja bevara en rätt till insyn och de omfattas således inte av begreppet "allmänna intressen". Bestattung Wien har härvid bland annat anfört att en begravningsentreprenörs verksamhet inte är underkastad någon särskild tillsyn i Österrike, bortsett från ministerpresidenternas befogenhet att fastställa tariffer med ett visst högsta pris för vissa tjänster.

49 Enligt den franska regeringen, kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet utgör en lagstadgad subsidiär skyldighet såsom i 10 § första stycket WLBG ett tydligt tecken på att allmänna intressen är för handen, eftersom det i denna paragraf även föreskrivs såväl att begravningar skall ombesörjas av staden Wien som att staden Wien skall ersätta kostnaderna härför för den händelse de inte ersätts av dödsboet.

Domstolens svar

50 Det skall påpekas att domstolen redan har fastslagit att allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär i den mening som avses i artikel 1 b i gemenskapsdirektiven om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling, dels utgör intressen som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels intressen 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 (se domarna i de ovannämnda målen BFI Holding, punkterna 50 och 51, och Agorà och Excelsior, punkt 37).

51 Det står emellertid klart att begravningsverksamhet kan anses vara en verksamhet som utövas för att tillgodose allmänna intressen.

52 För det första kan det nämligen konstateras att sådan verksamhet har anknytning till allmän ordning, eftersom staten har ett uppenbart intresse av att utöva noggrann tillsyn över utfärdande av intyg såsom födelse- och dödsbevis.

53 För det andra kan det av uppenbara hygieniska skäl och med hänvisning till den allmänna hälsan vara motiverat att staten behåller ett avgörande inflytande på denna verksamhet och vidtar sådana åtgärder som föreskrivs i 10 § första stycket WLBG i de fall där begravning inte har anordnats inom en viss tid efter det att dödsbeviset har utfärdats. Själva förekomsten av en sådan bestämmelse tyder på att den aktuella verksamheten kan tillgodose allmänna intressen.

54 I detta sammanhang skall den tolkning som förespråkats av svaranden i målet vid den nationella domstolen tillbakavisas. Enligt denna tolkning ingår, i motsats till begravningstjänster "i vid bemärkelse" såsom införande av dödsannonser i tidningar, placering av den avlidne i kistan eller transport av denne, endast begravning och kremering av de avlidna liksom förvaltningen av allmänna begravningsplatser och gravurnekammare — som anses vara begravningstjänster "i snäv bemärkelse" — i begreppet allmänna intressen. En sådan åtskillnad är nämligen inte naturlig, eftersom samtliga eller merparten av dessa verksamheter normalt utövas av ett och samma företag eller en och samma myndighet.

55 För övrigt regleras, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 68 i sitt förslag till avgörande, begravningsverksamhet i en och samma lag i delstaten Wien, nämligen i WLBG. I denna lag föreskrivs uttryckligen i 33 § fjärde stycket att "genomförandet av begravningsceremonier..., samt transport av stoft eller aska till gravplatsen..., liksom öppnande och slutande av gravar, gravsättning av stoft eller aska och genomförandet av begravningar, ombesörjs av offentliga myndigheter eller av de företag som har tilldelats tillstånd härför av nämnda myndigheter".

56 Även för den händelse att begravningstjänster "i snäv bemärkelse" endast utgör en relativt obetydlig del av den verksamhet som en begravningsbyrå bedriver, är denna omständighet i vart fall inte relevant, när begravningsbyrån fortsätter att tillgodose allmänna intressen. Enligt fast rättspraxis är egenskapen att vara ett organ som lyder under offentlig rätt inte beroende av vilken omfattning tillgodoseendet av allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär har inom det berörda organets verksamhet (se domarna i de ovannämnda målen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkterna 25, 26 och 31, och BFI Holding, punkterna 55 och 56).

57 Av det ovan anförda följer att den andra delen av den första frågan skall besvaras så, att begravningsverksamhet kan anses tillgodose allmänna intressen. Den omständigheten att regionala och lokala myndigheter har en lagstadgad skyldighet att ombesörja begravningar — och i förekommande fall att ersätta kostnaderna härför —, för den händelse att de inte äger rum inom en viss tid efter det att dödsbeviset har utfärdats, tyder på att dylika allmänna intressen är för handen.

Den andra frågan

58 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida begravningsverksamhet tillgodoser allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36. Mot bakgrund av att det i Österrike finns fler än 500 begravningsbyråer men att konkurrensen, enligt sökanden i den nationella domstolen, är obefintlig på den lokala marknaden i Wien, söker den nationella domstolen få klarhet i huruvida förekomsten av en utvecklad konkurrens i sig gör det möjligt att fastslå att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, eller om det i varje enskilt fall skall tas hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter.

59 Härvid skall det erinras om att domstolen som svar på en liknande fråga har slagit fast, i punkt 47 i domen i det ovannämnda målet BFI Holding, att frånvaron av konkurrens inte är ett nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt. Att kräva att det inte skall finnas privata företag som kan tillgodose de behov för vilka ett organ som är finansierat eller kontrollerat av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra offentligrättsliga organ har tillkommit, riskerar att beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt, som avses bland annat i artikel 1 b i direktiv 93/36, sitt innehåll (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet BFI Holding, punkt 44).

60 I punkterna 48 och 49 i samma dom har domstolen emellertid preciserat att förekomsten av konkurrens inte innebär att frågan, huruvida ett allmännyttigt behov är av industriell eller kommersiell karaktär eller ej, saknar relevans. 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.

61 Det framgår med andra ord av ordalydelsen i domen i det ovannämnda målet BFI Holding att, utan att helt sakna relevans, förekomsten av en utvecklad konkurrens inte i sig gör det möjligt att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

62 I förevarande fall är det utrett att begravningsentreprenörsverksamhet i Österrike inte endast är förbehållen särskilda juridiska personer och att dess utövande i princip inte begränsas till ett visst område.

63 Däremot framgår det såväl av begäran om förhandsavgörande som av de yttranden som har inkommit till domstolen dels att det för utövandet av denna

verksamhet krävs ett förhandstillstånd som beror av förekomsten av ett behov och av de bestämmelser som kommunen har antagit vad avser begravningsverksamhet, dels att ministerpresidenten är behörig att fastställa tariffer där ett högsta pris för begravningstjänster anges antingen för hela delstaten, för enskilda distrikt eller för varje kommun.

64 Därutöver följer av 10 § första stycket WLBG att staden Wien skall ersätta kostnaderna för begravningar för den händelse att dessa inte skall ersättas av tredje man eller ersätts av dödsboet.

65 Under dessa förutsättningar ankommer det på den nationella domstolen att, i syfte att fastställa exakt vilka intressen som Bestattung Wien skall tillgodose, undersöka samtliga faktiska eller rättsliga omständigheter som påverkar detta bolags verksamhet, såsom framgår av punkterna 62—64 i denna dom, liksom villkoren för uppdelningen av Wiener Stadtwerke och för överföringen av Wiener Bestattungs verksamhet till Bestattung Wien och ordalydelsen i avtalet om ensamrätt som enligt sökanden i den nationella domstolen förenar detta bolag med staden Wien.

66 Av det ovan anförda följer att den andra frågan skall besvaras så, att förekomsten av en utvecklad konkurrens inte i sig gör det möjligt att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida dylika allmänna intressen är för handen genom att ta hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet och på vilka villkor som organet utövar verksamheten.

Den tredje frågan

67 Den hänskjutande domstolen har slutligen ställt den tredje frågan för att få klarhet i räckvidden av villkoret i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 93/36 angående den administrativa tillsyn av det berörda organet som utförs av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt. Den nationella domstolen skulle närmare bestämt vilja få klarhet i huruvida detta villkor är uppfyllt genom att en enkel granskning av det aktuella organets förvaltning utförs i efterhand.

68 Härvid är det tillräckligt att erinra om att det följer av domstolens rättspraxis (se bland annat domarna i de ovannämnda målen University of Cambridge, punkt 20, och kommissionen mot Frankrike, punkt 44) att de alternativa villkoren i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiven 92/50, 93/36 och 93/37 vart och ett återspeglar ett organs nära anknytning till staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt.

69 Vad närmare bestämt gäller villkoret administrativ tillsyn, har domstolen fastslagit att denna tillsyn skall innebära att det berörda organet är knutet till myndigheterna, vilket motsvarar den anknytning som finns när ett av de två andra alternativa villkoren är uppfyllt, nämligen att finansieringen till större delen härrör från myndigheterna eller att dessa utser mer än hälften av ledamöterna i förvaltnings-, lednings- eller tillsynsenheten i detta organ, vilket möjliggör för myndigheterna att påverka nämnda organs beslut vad gäller offentlig upphandling (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 48 och 49).

70 Mot bakgrund av denna rättspraxis, förefaller det vara uteslutet att anse att villkoret administrativ tillsyn är uppfyllt genom att en enkel granskning utförs i

efterhand, eftersom en sådan granskning inte gör det möjligt för myndigheterna att påverka det berörda organets beslut vad gäller offentlig upphandling.

71 Liksom generaladvokaten har anfört i punkterna 109—114 i sitt förslag till avgörande, tyder emellertid de omständigheter som den nationella domstolen har redogjort för på att den tillsyn som staden Wien utövar över Bestattung Wiens verksamhet är mycket mer omfattande än vad som är fallet vid en enkel granskning i efterhand.

72 Dels är Bestattung Wien, med tillämpning av 73 § WStV, direkt underställd staden Wiens tillsyn, eftersom det tillhör ett bolag — WSH — vars kapital i sin helhet ägs av denna myndighet.

73 Dels framgår det, även av begäran om förhandsavgörande, att det i Bestattung Wiens bolagsavtal uttryckligen föreskrivs, i punkt 10.3, att Kontrollamt har behörighet att granska inte bara bolagets balansräkning utan även "den aktuella förvaltningen avseende sifferuppgifternas riktighet och att verksamheten bedrivs på ett korrekt, ekonomiskt, lönsamt och ändamålsenligt sätt". Av samma punkt i Bestattung Wiens bolagsavtal framgår att Kontrollamt har rätt att besöka bolagets lokaler och anläggningar liksom att rapportera resultatet av dessa kontroller till behöriga organ liksom till bolagets aktieägare och till staden Wien.

Sådana rättigheter möjliggör således en aktiv tillsyn över förvaltningen av nämnda bolag.

74 Av det ovan anförda följer att den tredje frågan skall besvaras så, att en enkel granskning i efterhand inte uppfyller det villkor om administrativ tillsyn som föreskrivs i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 93/36. Däremot uppfylls ett sådant villkor i en situation där myndigheterna inte endast granskar bokföringen i det berörda organet utan även den löpande förvaltningen avseende sifferuppgifternas riktighet och att verksamheten bedrivs på ett korrekt, ekonomiskt, lönsamt och ändamålsenligt sätt, och där dessa myndigheter har rätt att besöka organets lokaler och anläggningar och att rapportera resultatet av dessa kontroller till den regionala eller lokala myndighet som, genom ett annat bolag, äger det aktuella organets kapital.

Rättegångskostnader

75 De kostnader som har förorsakats den österrikiska och den franska regeringen, liksom kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet, 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 (femte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 14 september 2000 har ställts av Vergabekontrollsenat des Landes Wien — följande dom:

1) **Begreppet "allmänna intressen" i artikel 1 b andra stycket i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor är ett självständigt gemenskapsrättsligt begrepp.**

2) **Begravningsverksamhet kan anses tillgodose allmänna intressen. Den omständigheten att regionala och lokala myndigheter har en lagstadgad skyldighet att ombesörja begravningar — och i förekommande fall att ersätta kostnaderna härför — , för den händelse att de inte äger rum inom en viss tid efter det att dödsbeviset har utfärdats, tyder på att dylika allmänna intressen är för handen.**

3) **Förekomsten av en utvecklad konkurrens gör det inte i sig möjligt att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Det ankommer på den nationella domstolen att**

avgöra huruvida dylika allmänna intressen är för handen genom att ta hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet samt på vilka villkor som organet utövar verksamheten.

4) En enkel granskning i efterhand uppfyller inte det villkor om administrativ tillsyn som föreskrivs i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 93/36. Däremot uppfylls ett sådant villkor i en situation där myndigheterna inte endast granskar bokföringen i det berörda organet utan även den löpande förvaltningen avseende sifferuppgifternas riktighet och att verksamheten bedrivs på ett korrekt, ekonomiskt, lönsamt och ändamålsenligt sätt, och där dessa myndigheter har rätt att besöka organets lokaler och anläggningar och att rapportera resultatet av dessa kontroller till den regionala eller lokala myndighet som, genom ett annat bolag, äger det aktuella organets kapital.

Wathelet Timmermans Jann

von Bahr Rosas

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 februari 2003.

R. Grass M. Wathelet

Justitiesekreterare Ordförande på femte avdelningen