FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 16. september 1997 *

1. Denne præjudicielle sag angår fortolkningen af begrebet »offentligretligt organ«, som fællesskabslovgiver har anvendt til at afgrænse anvendelsesområdet for Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [1] (herefter »direktivet«).

2. I henhold til direktivets bestemmelser er et »offentligretligt organ« en »ordregivende myndighed«, og dette begreb betegner de organer, som skal anvende direktivets bestemmelser, når de indgår en aftale om udførelsen af et bygge- og anlægsarbejde.

I — Fællesskabsbestemmelserne

Direktiv 93/37/EØF

3. Direktiv 93/37, der kodificerer Rådets direktiv 71/305/EØF [2], udgør grundlaget for den fællesskabsretlige regulering af indgåelsen af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

4. Der er i direktivet fastsat fælles regler, som medlemsstaterne skal respektere på det tekniske område, fælles regler for offentliggørelse af de kontrakter, de ordregivende myndigheder agter at indgå, samt for entreprenørernes deltagelse i disse kontrakter. Det indeholder regler om de forskellige fremgangsmåder, som de ordregivende myndigheder skal benytte, når de indgår kontrakter, om de oplysningsforpligtelser, som påhviler de ordregivende myndigheder over for tilbudsgivere, ansøgere og Kommissionen, samt om de oplysningsforpligtelser, som påhviler medlemsstaterne over for Kommissionen.

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 199, s. 54. Begreberne »ordregivende myndigheder« og »offentligretligt organ« er også anvendt i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [EFT L 209, s. 1, artikel 1, litra b)] og i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [EFT L 199, s. 1, artikel 1, litra b)], hvilket indebærer, at fortolkningen af disse begreber ikke alene har betydning for bestemmelserne om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

2 — Direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), senest ændret ved Rådets direktiv 90/531/EØF af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1)

5. I direktivets artikel 1 defineres de væsentligste begreber, der afgrænser dets anvendelsesområde.

6. I litra a) hedder det således, at der ved

»'offentlige bygge- og anlægskontrakter' [forstås] gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov« [3].

7. I henhold til litra b), første afsnit, forstås der ved

»'ordregivende myndigheder', staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse

3 — Bilag II indeholder en liste over de former for erhvervsvirksomhed, der anses for at indgå i bygge- og anlægsvirksomhed. I litra c) defineres et »bygge- og anlægsarbejde« som »resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion«.

lokale myndigheder eller offentligretlige organer«.

8. De »offentligretlige organer«, som således anses for ordregivende myndigheder på lige fod med traditionelle offentlige myndigheder, defineres i litra b), andet afsnit, som følger:

»Ved 'offentligretligt organ' forstås ethvert organ:

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og

— som er en juridisk person, og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentlig-

retlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.«

9. Følgende bestemmes i sidste afsnit i litra b):

»Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit i dette litra, findes i bilag I. Disse fortegnelser er så fuldstændige som muligt og kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 35. Med henblik på en sådan revision underretter medlemsstaterne jævnligt Kommissionen om ændringer, der er foretaget i deres fortegnelser.«

Direktiv 89/665/EØF

10. Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter [4] pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at træffe »de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger ... med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret« [5]. I henhold til artikel 5 sætter medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger i kraft for at efterkomme direktivet inden den 21. december 1991.

Forordning (EØF) nr. 2052/88

11. Artikel 7 i Rådets forordning (EØF) nr. 2052/88 af 24. juni 1988 [6] (herefter »forordningen«) har overskriften »Overensstemmelse og kontrol«, og følgende præciseres i den nye artikel 7, stk. 1:

»Aktioner, der finansieres af strukturfondene, EIB eller et andet eksisterende finansielt instrument, skal være i overensstemmelse med traktaterne og med de retsakter, der er udstedt i henhold til disse, samt med

4 — EFT L 395, s. 33.

5 — Artikel 1.

6 — Forordning om strukturfondenes opgaver og effektivitet samt om samordningen af deres interventioner indbyrdes såvel som med interventionerne fra Den Europæiske Investeringsbank og de øvrige eksisterende finansielle instrumenter (EFT L 185, s. 9). Den nuværende artikel 7, stk. 1, er ændret ved artikel 1 i Rådets forordning (EØF) nr. 2081/93 af 20.7.1993 om ændring af ovennævnte forordning (EFT L 193, s. 5).

Fællesskabets politikker, herunder dem, der vedrører konkurrencereglerne, reglerne for indgåelse af offentlige aftaler og bestemmelserne om miljøbeskyttelse, og med princippet om lige muligheder for mænd og kvinder.«

II — De nationale bestemmelser

12. Bundesvergabeamt angiver i forelæggelseskendelsen, at Republikken Østrig i forbindelse med ikrafttrædelsen af aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde den 1. januar 1994 var forpligtet til at omsætte de i aftalens bilag XVI anførte EF-retsakter til national ret. På det angivne tidspunkt drejede det sig bl.a. om de ovenfor anførte direktiver 71/305 og 89/665 [7].

13. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at direktiverne blev gennemført på forbundsniveau med vedtagelsen af Bundesvergabegesetz (forbundslov om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, herefter »BVergG«) [8], som trådte i kraft den 1. januar 1994, og at der også i delstaterne blev vedtaget andre gennemførelseslove på grund af den interne kompetencefordeling mellem delstaterne og forbundsstaten.

14. Senere er der blevet udstedt direktiver vedrørende offentlige kontrakter, som ikke er indeholdt i bilag XVI. Den forelæggende ret bemærker i forelæggelseskendelsen, at disse direktiver ikke er blevet gennemført i østrigsk ret, men retten »går dog ... ud fra, at de pågældende bestemmelser i BVergG fremtidigt skal fortolkes i lyset af de pågældende europæiske direktiver« [9]. De vigtigste bestemmelser i BVergG nævnes nedenfor.

15. Det bestemmes i § 1, stk. 2, nr. 3:

»Denne forbundslov finder anvendelse på bygge- og anlægskontrakter, som udføres mod vederlag, når

...

3) der af tredjemand ved et hvilket som helst middel udføres et bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov«.

7 — S. 2, punkt 1.1.

8 — BGBl. 1993, 462.

9 — S. 4 i forelæggelseskendelsen.

16. I § 3 hedder det:

»1) Denne forbundslov finder anvendelse på indgåelsen af offentlige bygge- og anlægskontrakter samt koncessionskontrakter om sådanne arbejder, hvis anslåede værdi uden merværdiafgift andrager 5 000 000 ECU eller derover.

...

3) Et bygge- eller anlægsarbejde må ikke opdeles med henblik på at undgå, at arbejdet omfattes af denne forbundslov.«

17. § 6, stk. 1, nr. 3, lyder som følger:

»Denne forbundslov finder anvendelse på kontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder, som er

...

3) virksomheder i henhold til § 126 b, stk. 2, i B-VG [10], når disse virksomheder er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og forbundsstaten er majoritetsdeltager — for så vidt angår de andre virksomheder, som er underlagt kontrol fra Rechnungshof, og som er oprettet med henblik på det anførte formål, påhviler det forbundslandene at vedtage regler om kontraktindgåelsen og at overvåge, at disse regler overholdes« [11].

18. BVergG indeholder bestemmelser om to klageprocedurer: en mæglingsprocedure for Bundesvergabekontrollkommission og en klageprocedure for Bundesvergabeamt (ankenævn for offentlige bygge- og anlægskontrakter). Mæglingsproceduren skal gennemføres, før der kan indledes en klageprocedure for Bundesvergabeamt. Det er kun, hvis der ikke via mæglingsproceduren kan opnås enighed mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiverne eller ansøgerne, at det er muligt at indbringe sagen for Bundesvergabeamt.

10 — Den østrigske grundlov.

11 — Den forelæggende ret anfører, at denne bestemmelse »henviser til virksomheder som omhandlet i § 126 b, stk. 2, i B-VG. Der er tale om virksomheder, hvori staten alene eller sammen med andre retssubjekter, der er omfattet af Rechnungshofs kompetence, ejer mindst 50% af egenkapitalen, eller som staten alene eller sammen med sådanne andre retssubjekter driver. En sådan finansiel deltagelse skal ligestilles med kontrol over virksomhederne ved hjælp af finansielle eller andre erhvervsmæssige eller organisatoriske foranstaltninger. Rechnungshofs kompetence omfatter også virksomheder på de næste niveauer, som opfylder betingelserne i dette stykke« (s. 10 i forelæggelseskendelsen).

III — Faktiske omstændigheder og proceduren ved den nationale ret

Österreichische Staatsdruckerei

19. Det østrigske statstrykkeri (Österreichische Staatsdruckerei, herefter »ÖStDr«) blev grundlagt i 1804 og var oprindeligt en statsvirksomhed. Dets juridiske status blev ændret i 1981 ved Bundesgesetz [af 1.7.1981] über die Österreichische Staatsdruckerei (Staatsdruckereigesetz) (forbundsloven om det østrigske statstrykkeri, herefter »StDrG«). Artikel 1 i StDrG lyder således:

»1) Der oprettes den selvstændige virksomhed 'Österreichische Staatsdruckerei' (herefter 'Staatsdruckerei'). Virksomheden har hjemsted i Wien og er en juridisk person.

2) Staatsdruckerei er at anse som handlende i henhold til Handelsgesetzbuch. Staatsdruckerei indføres under afdeling A i Wiens handelsregister ved Handelsgericht Wien.

3) Staatsdruckerei's virksomhed drives på forretningsmæssige vilkår.«

20. De opgaver, der skal udføres af ÖStDr, er beskrevet i § 2 i StDrG. I henhold til bestemmelsens stk. 1 omfatter disse eneret til fremstilling af tryksager for forbundsforvaltningen, med hensyn til hvilke fortrolighedseller sikkerhedsregler skal overholdes, såsom pas, kørekort, identitetskort, Bundesgesetzblatt, forbundslovsamlinger og samlinger af afgørelser, formularer og Wiener Zeitung. Dette område af opgaverne betegnes under ét som »lovpligtige hverv«. De pågældende opgaver er underlagt et statsligt tilsynsorgan [12]. Priserne fastsættes i henhold til forretningsmæssige principper efter forslag fra generaldirektøren for ÖStDR af Økonomiudvalget [13], som består af tolv medlemmer, hvoraf de otte udnævnes af Forbundskanslerens Kontor eller forskellige ministerier og de fire af Bedriftsrådet [14].

21. I medfør af § 2, stk. 2, kan ÖStDR udøve andre former for virksomhed såsom fremstilling af andre tryksager eller udgivelse og forhandling af bøger og aviser.

12 — § 13, stk. 1, i StDrG.

13 — § 12 i StDrG. Dette udvalg har overladt prisfastsættelsen til et underudvalg bestående af tre af dets medlemmer: formanden for Økonomiudvalget, et af medlemmerne udpeget af Forbundskanslerens Kontor og et af medlemmerne udpeget af Finansministeriet.

14 — § 12, stk. 2, i StDrG.

22. Det følger af § 3, at »Staatsdruckerei kan deltage i virksomheder, når dette ligger inden for det fastsatte selskabsformål«.

Strohal Gesellschaft og Strohal Rotationsdruck

23. I februar 1995 erhvervede ÖStDr hele kapitalen i Strohal Gesellschaft (herefter »SG«), som i oktober samme år grundlagde Strohal Rotationsdruck (herefter »SRG« eller »sagsøgte«). SG beholdt 999 000 ATS [15] ud af 1 000 000 ATS, som udgjorde selskabskapitalen i SRG.

24. Det fremgår af sagsøgtes skriftlige indlæg for Domstolen, at ÖStDr erhvervede SG, fordi SG havde erfaringer inden for en trykketeknik, som lå uden for ÖStDr's aktivitetsområde, og fordi SG havde kunder i udlandet [16].

25. SRG tilføjer, at selskabet blev registreret den 4. november 1995 i selskabsregistret ved Landgericht Eisenstadt, og at selskabsformålet var fremstilling af tryksager ved anvendelse af denne fabrikationsteknik [17].

Projektet Druckzentrum Müllendorf

26. For at forkorte overgangsperioden inden ibrugtagning af trykkerianlægget »Druckzentrum Müllendorf«, som skulle anvendes af SRG, indgik ÖStDR flere kontrakter i SRG's navn, mens dette var under etablering [18].

27. Den 18. oktober 1995 foretog ÖStDR således udbud af et projekt bestående af tekniske installationsarbejder, som ikke skulle udføres med henblik på produktion, i »Druckzentrum Müllendorf«. Udbuddet blev dog trukket tilbage som følge af en mæglingsprocedure indledt på foranledning af Wirtschaftskammer Österreich.

28. ÖStDr foretog herefter et begrænset udbud, hvor ÖStDr meddelte de bydende, at SRG var bygherre og ansvarlig for udbuddet og kontraktindgåelsen [19].

15 — ATS: østrigske schilling.
16 — Jf. punkt 16.
17 — Jf. punkt 17 i sagsøgtes skriftlige indlæg.
18 — Jf. punkt 21, 22 og 23 samt s. 6 i forelæggelseskendelsen.
19 — S. 7 i forelæggelseskendelsen.

29. Der blev indledt en mæglingsprocedure efter anmodning den 15. november 1995 fra Verband der Industriellen Gebäudetechnikunternehmen Österreichs, som fandt, at projektet var et offentligt bygge- og anlægsarbejde i BVergG's forstand og derfor var omfattet af bestemmelserne i denne lov [20].

30. Bundesvergabekontrollkommission fastslog, at der ikke var tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt, eftersom der ikke var nogen ordregivende myndighed som omhandlet i BVergG, og at spørgsmålet derfor ikke henhørte under dens kompetence. Bundesvergabekontrollkommission ville imidlertid ikke udelukke, at bestemmelserne i direktivet eventuelt skulle overholdes i det tilfælde, at ordregiveren modtog fællesskabsstøtte i henhold til artikel 7, stk. 1, nævnt ovenfor [21].

31. Da der ikke kunne opnås forlig, indgav Mannesmann Anlagenbau Austria AG, J. L. Bacon GesmbH, Haustechnische Gesellschaft für Sanitär-, Wärme- und Luft-Technische Anlagen GesmbH og Sulzer Infra Anlagen- og Gebäudetechnik GesmbH (herefter »sagsøgerne«) den 7. december 1995 klage til Bundesvergabeamt i overensstemmelse med § 92 i BVergG [22].

IV — De præjudicielle spørgsmål

32. Bundesvergabeamt anfører, at de relevante bestemmelser i BVergG er blevet vedtaget for at gennemføre direktiv 71/305, som ændret, og at disse bestemmelser således skal fortolkes i lyset af direktiv 93/37. Bundesvergabeamt har derfor forelagt nedenstående præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan en bestemmelse i en national lov, som i denne sag § 3 i Staatsdruckereigesetz, hvorved en virksomhed tillægges særlige rettigheder og enerettigheder, begrunde den antagelse, at virksom-

20 — Jf. ovenfor.

21 — S. 7 ff. i forelæggelseskendelsen.

22 — Jf. s. 8 i forelæggelseskendelsen. Det fremgår af denne, at sagsøgerne »den 21.12.1995 indgav ... et supplerende skriftligt indlæg, hvori de anførte, at ordregiveren den 7.12.1995 havde informeret dem om, at det begrænsede udbud, der var genstand for proceduren, var blevet tilbagekaldt«. Det tilføjes, at »samtidig fik sagsøgerne stillet gennemførelse af et 'offentligt udbud i hasteprocedure' i udsigt«. Sagsøgerne har ingen bemærkninger til sagsfremstillingen i forelæggelseskendelsen. Sagsøgte anfører dog, at det »foretog ... et udbud i hasteprocedure, som blev offentliggjort ... i den officielle tidende ... fra den 7.-10.12.1995 ...«, og at »det er mod dette udbud, som sagsøgerne har indgivet ... den klage ... til Bundesvergabeamt, som har givet anledning til den foreliggende præjudicielle procedure« (s. 12 i det skriftlige indlæg). Selv om der hermed er forskellige fremstillinger af den nationale sag, der har givet anledning til den foreliggende procedure, er dette ikke til hinder for Domstolens besvarelse af de forelagte spørgsmål, eftersom de to udbudsprocedurer på det foreliggende grundlag ikke synes at være så forskellige, at rammerne for besvarelsen af spørgsmålene ændres.

heden er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel og kommerciel art, som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37/EØF, og således i det hele inddrage en sådan virksomhed under direktivets anvendelsesområde, også selv om disse aktiviteter kun udgør en del af virksomhedens forretningsområde, og den derudover deltager i det frie marked som kommerciel virksomhed?

2) Såfremt en sådan virksomhed udelukkende for så vidt angår de virksomheden tillagte særlige rettigheder og enerettigheder er omfattet af direktiv 93/37/EØF's anvendelsesområde, er den da forpligtet til at skabe organisatoriske forudsætninger for, at en overflytning af økonomiske midler, der opnås som afkast af disse særlige rettigheder og enerettigheder, til andre forretningsområder forhindres?

3) Når en ordregivende myndighed påbegynder et projekt, og dette således er en offentlig bygge- og anlægskontrakt i direktiv 93/37/EØF's forstand, medfører en tredjemands indtræden, når denne ikke umiddelbart er undergivet direktivets personelle anvendelsesområde, da ændringer i projektets karakter af offentlig bygge- og anlægskontrakt, eller skal en sådan fremgangsmåde betragtes som omgåelse af direktivets personelle anvendelsesområde, der ikke er forenelig med direktivets formål og hensigt?

4) Når en ordregivende myndighed opretter en virksomhed til gennemførelse af forretningsvirksomhed og heraf ejer en sådan majoritetsandel af kapitalen, at virksomheden er underlagt myndighedens økonomiske kontrol, gælder betegnelsen ordregivende myndighed da også for disse således forbundne virksomheder?

5) Når en ordregivende myndighed overfører økonomiske midler, der er opnået som afkast af særlige rettigheder og enerettigheder, der er overdraget myndigheden, til rent kommercielt aktive virksomheder, som myndigheden er majoritetsdeltager i, har dette da indflydelse på de forbundne virksomheders retsstilling derved, at sidstnævnte i det hele må lade sig behandle og må forholde sig som en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 93/37/EØF?

6) Når en ordregivende myndighed, som varetager såvel opgaver for at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter, som forretningsvirksomhed, skaber et virksomhedsanlæg, der kan anvendes til begge formål, skal en kontrakt om at opføre et sådant anlæg da betegnes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt

som omhandlet i direktiv 93/37/EØF, eller findes der i fællesskabsretten begreber, hvorefter det kan afgøres, om et sådant anlæg er bestemt til at løse offentlige opgaver eller til forretningsvirksomhed, i bekræftende fald hvilke?

7) Indebærer artikel 7, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 2081/93 af 20. juli 1993 — om ændring af forordning (EØF) nr. 2052/88 om strukturfondenes opgaver og effektivitet samt om samordningen af deres interventioner indbyrdes såvel som med interventionerne fra Den Europæiske Investeringsbank og de øvrige eksisterende finansielle instrumenter — at modtagere af fællesskabsstøtte er underkastet kontrolproceduren i direktiv 89/665/EØF, også når der ikke er tale om ordregivende myndigheder som defineret i artikel 1 i direktiv 93/37/EØF?«

33. Inden disse spørgsmål behandles, skal det undersøges, om Bundesvergabeamt kan forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

V — Formaliteten

34. Bundesvergabeamt har beskrevet de omstændigheder, der ifølge Bundesvergabeamt indebærer, at det kan betegnes som en »ret« i den forstand, dette udtryk er anvendt i artikel 177 i traktaten, og som således også medfører, at sagen kan antages til realitetsbehandling.

35. Parterne i hovedsagen, de medlemsstater, som har afgivet indlæg, og Kommissionen bestrider i øvrigt ikke dette.

36. Domstolen har i sin praksis taget en række forhold i betragtning med henblik på at afgøre, om et organ kan anses for at have domstolskarakter: om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, om det træffer afgørelse på grundlag af retsregler, om organets afgørelser er tvingende, om dets medlemmer er uafhængige, og om proceduren for organet er kontradiktorisk [23].

37. Bundesvergabeamt er oprettet i medfør af § 78, stk. 1, første punktum, i BVergG. Dets kompetence er defineret i § 91 ff. som omfattende tvister i forbindelse med de i

23 — Jf. f.eks. dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1965-1968, s. 227, org. ref.: Rec. s. 377, af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477, og af 12.12.1996, forenede sager C-74/95 og C-129/95, straffesag mod X, Sml. I, s. 6609.

BVergG foreskrevne fremgangsmåder til indgåelse af offentlige kontrakter. Der er således ingen tvivl om, at Bundesvergabeamt er oprettet i henhold til lov, og at retsplejen er obligatorisk.

38. Ingen bestemmelse i BVergG viser, at Bundesvergabeamt er et midlertidigt organ. Tværtimod viser det forhold, at det er oprettet ved lov, at Republikken Østrig ville indrette en blivende instans til at løse tvister om indgåelsen af offentlige kontrakter, uden at denne instans' kompetence skulle være tidsmæssigt begrænset.

39. I øvrigt fremgår det af § 78, stk. 2, hvorefter Bundesvergabeamt har de i BVergG foreskrevne beføjelser, og af § 91 ff. angående dets kompetence, at Bundesvergabeamt træffer afgørelse på grundlag af retsregler, eftersom det løser tvister angående overtrædelser af BVergG.

40. Det bestemmes i § 91 og § 92, stk. 2, i BVergG, at proceduren for Bundesvergabeamt kun kan indledes, hvis det ikke har været muligt at opnå et forlig under mæglingsproceduren, som det er obligatorisk at benytte først. Men, i modsætning til Bundesvergabekontrollkommissions afgørelser, er Bundesvergabeamts afgørelser bindende for parterne, således som det bl.a. fremgår af den annullationsbeføjelse, som Bundesvergabeamt ifølge loven råder over [24].

41. Det er ubestrideligt, at det østrigske organ og dets medlemmer er uafhængige. Formanden for Bundesvergabeamt og dennes stedfortræder er professionelle dommere [25], ved udnævnelsen af de øvrige medlemmer skal der drages omsorg for, at ordregivende myndigheder og entreprenører er repræsenteret ligeligt [26], et medlem kan kun afsættes under visse omstændigheder, der er objektivt og udtømmende beskrevet, grov pligtforsømmelse omfatter fejl, som ifølge loven er så betydningsfulde, at der skabes risiko for vilkårlige forvaltningsmæssige indgreb [27]. Herudover er medlemmerne af Bundesvergabeamt i henhold til loven uafhængige og kan ikke modtage instrukser [28], og dets afgørelser kan ikke ændres eller ophæves administrativt [29].

42. Det er mere usikkert, om der er tale om en kontradiktorisk procedure, eftersom der ikke i loven findes udtrykkelige bestemmelser herom.

24 — § 94, stk. 1, i BVergG.
25 — § 78, stk. 4, i BVergG.
26 — § 78, stk. 5, i BVergG.
27 — § 79 i BVergG.
28 — § 80, stk. 1, i BVergG.
29 — § 78, stk. 1, i BVergG.

43. Den omstændighed, at der forud for proceduren for Bundesvergabeamt har været afholdt en mæglingsprocedure for Bundesvergabekontrollkommission, som skal foretage høring af parterne [30], sikrer kun en kontradiktorisk behandling for dette organ og ikke for Bundesvergabeamt. Bestemmelsen, hvorefter Bundesvergabeamt kan indhente oplysninger fra de ordregivende myndigheder og entreprenørerne [31], garanterer heller ikke hver parts ret til systematisk at blive oplyst om den anden parts krav og anbringender, eftersom Bundesvergabeamt ifølge bestemmelsens ordlyd er eneste modtager af de oplysninger, der indhentes på denne måde. Den kontradiktoriske procedure er kun effektiv, hvis en part har mulighed for at besvare modpartens argumenter.

44. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen, at der i denne sag har været kontradiktoriske drøftelser svarende til dem, som finder sted for retsinstanser, idet parterne har afgivet skriftlige indlæg, og der i hvert fald — det fremgår nemlig ikke, om der også har været en udveksling af disse dokumenter — er blevet afholdt et retsmøde for Bundesvergabeamt [32]. Det forekommer mig derfor klart, at Bundesvergabeamt på alle punkter faktisk har handlet som en ret i den forstand, dette udtryk er anvendt i traktatens artikel 177.

45. Jeg er derfor af den opfattelse, at sagen bør antages til realitetsbehandling.

30 — § 88, stk. 1, i BVergG.

31 — § 84, stk. 1, i BVergG.

32 — S. 2 i forelæggelseskendelsen.

VI — De præjudicielle spørgsmål

46. Offentlige myndigheder har en naturlig tendens, lidet forenelig med formålet med etableringen af det indre marked, til at favorisere nationale virksomheder for at bevare arbejdspladser og gavne den økonomiske udvikling i deres egen stat.

47. Fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er gennemført med henblik på at sikre på fællesskabsniveau, at principperne om den frie konkurrence, etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser respekteres på trods af disse traditionelle og generaliserede opfattelser [33]. Direktivet har til formål at sikre erhvervsvirksomheder, hvor de end måtte have deres hjemsted, lige adgang til at deltage i kontrakter om projekter, som offentlige myndigheder, uanset disses form, har til hensigt at udføre [34].

33 — Anden betragtning til direktivet. Jf. også for så vidt angår direktivets formål — på det pågældende tidspunkt var der tale om direktiv 71/305 — Domstolens dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 11, og af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 18.

34 — Se om grundene til at vedtage bestemmelser på område for offentlige kontrakter, P. Brunelli: *Marchés publics et Union Européenne — Nouvelles règles communautaires*, 1995, s. 9 ff. For så vidt angår betydningen af et materielt i stedet for et formelt kriterium har Domstolen i en sag, hvor begrebet »staten« var afgørende, udtalt, at dette begreb »skal fortolkes formålsbestemt«, og at »direktivets formål ... ville blive bragt i fare, hvis anvendelsen af direktivets ordning skulle være udelukket, alene fordi et udbud af offentlige kontrakter foretages af et organ, som ganske vist er oprettet for at udføre opgaver, som loven tildeler det, men ikke formelt er integreret i statens administration« (se ovennævnte dom i Beentjes-sagen, præmis 11).

48. Direktivet skal fortolkes i lyset af det anførte formål.

Første, andet og sjette spørgsmål

49. Det er en forudsætning for, at der er tale om et offentligt bygge- og anlægsarbejde, og hermed også for, at direktivet finder anvendelse, at en af parterne i kontrakten er omfattet af direktivets definition af en »ordregivende myndighed«.

52. Med disse spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en virksomhed, hvis aktiviteter dels består i at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter, dels er af kommerciel art, skal anvende direktivet på samtlige de bygge- og anlægskontrakter, virksomheden indgår, eller kun på de kontrakter, som angår anlæg, der udelukkende skal anvendes i forbindelse med den førstnævnte type af aktiviteter.

50. Direktivets personelle anvendelsesområde er afgrænset således, at det ikke alene omfatter de organer, der traditionelt betegnes som offentlige myndigheder, såsom staten, lokale myndigheder og organer, der indgår i den offentlige sektor, men også offentlige og private organer oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter. Disse sidste organer betegnes som »offentligretlige organer«.

53. Der må hermed tages stilling til, ikke alene om en virksomhed som ÖStDr kan anses for et »offentligretligt organ« og hermed for en »ordregivende myndighed«, men også, hvis dette er tilfældet, om samtlige de bygge- og anlægskontrakter, som ÖStDr indgår, uanset deres art, er offentlige bygge- og anlægskontrakter, der som sådanne er omfattet af direktivet.

51. De forelagte præjudicielle spørgsmål angår indholdet af dette begreb. Flere af spørgsmålene kan besvares samlet på grund af den nære indbyrdes sammenhæng.

54. Ingen har for Domstolen forsvaret det synspunkt, at reglerne finder anvendelse selektivt alt efter, hvilken aktivitet udbudsgiveren skal udøve. Sagsøgerne og Kommissionen — samt den franske regering i dens mundtlige indlæg angående det sjette spørgsmål — er af den opfattelse, at hvis et organ som ÖStDr udøver økonomiske aktiviteter ud over den virksomhed, som det er blevet oprettet for at udøve — hvilket i det

foreliggende tilfælde skulle være at imødekomme almenhedens behov, som ikke er af industriel eller kommerciel karakter — er også denne forretningsvirksomhed omfattet af direktivet, eftersom det alene er det formål, med henblik på hvilket organet er blevet oprettet, som er afgørende [35]. Sagsøgte, den østrigske og den nederlandske regering finder, at ÖStDr ikke opfylder betingelserne for at være et »offentligretligt organ« efter betydningen i direktivets artikel 1, litra b), andet afsnit, og at der derfor ikke er nogen af dets aktiviteter, som er omfattet af direktivet.

Begrebet »offentligretligt organ«: Betingelserne skal alle være opfyldt samtidigt

55. Jeg skal minde om, at direktivet finder anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvilke defineres som kontrakter, hvor en af aftaleparterne er en »ordregivende myndighed«. Dette begreb omfatter »offentligretlige organer«.

56. I sit første spørgsmål anvender den forelæggende ret begrebet »særlige rettigheder og enerettigheder« til at beskrive ÖStDr's særlige status.

57. Begrebet »særlige eller eksklusive rettigheder« er anvendt i traktatens artikel 90, stk. 1, til at betegne de virksomheder, som har en monopolstilling, eller som har opnået en særlig fordelagtig stilling, og som til gengæld står i et afhængighedsforhold til staten. Ifølge denne bestemmelse skal medlemsstaterne, for så vidt angår sådanne virksomheder, afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med de fællesskabsretlige konkurrenceregler.

58. Selv om ÖStDr's »fremstilling og udgivelse af tryksager ifølge den østrigske regering finder sted under 'specielle' omstændigheder« [36], hvilket kunne begrunde, at disse aktiviteter falder ind under begrebet »særlige eller eksklusive rettigheder«, er dette begreb dog ikke bestemmende for, om reglerne om offentlige bygge- og anlægskontrakter finder anvendelse, og der kan således ikke lægges vægt herpå ved fortolkningen af direktivet.

59. Det centrale i denne sag er begrebet »offentligretligt organ«, forstået som et organ, »der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter« [37].

35 — *Jf.* bl.a. s. 14 i Kommissionens skriftlige indlæg.

36 — S. 6 i de skriftlige indlæg.

37 — Artikel 1, litra a) og b).

60. To andre betingelser slutter sig hertil: Det »offentligretlige organ« skal være en juridisk person og være nært tilknyttet staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer [38].

61. Det fremgår af selve ordlyden af artikel 1, litra b), andet afsnit, i direktivet, at de tre betingelser, som opstilles deri, alle skal være opfyldt samtidig.

62. Fortegnelserne oprettet i henhold til artikel 1, litra b), tredje afsnit, angiver de organer, der opfylder disse betingelser.

63. De pågældende østrigske organer er defineret som »alle organer under budgetkontrol af 'Rechnungshof' (revisionsmyndigheden), som ikke er af industriel eller kommerciel karakter« [39]. ÖStDr er i henhold til § 15, stk. 6, i StDrG underlagt kontrol af Rechnungshof. Den anden betingelse, der opstilles i fortegnelsen, og som svarer til den første betingelse i artikel 1, litra b), andet afsnit, må imidlertid også præciseres.

Imødekommelse af almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter

64. Udtrykket »almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter«, er ikke let forståeligt.

65. Begrebet »almenhedens behov« kan, som anført af generaladvokat Van Gerven i forbindelse med begrebet »almindelig økonomisk interesse« i traktatens artikel 90, stk. 2, forstås som »virksomhed, som direkte er til gavn for samfundet«, i modsætning til virksomhed, der varetager individuelle eller enkelte gruppers interesser [40]. I lyset heraf er det logisk at mene, at ÖStDr imødekommer almenhedens behov, når det trykker officielle administrative dokumenter såsom pas, identitetskort og lovsamlinger.

38 — Denne tilknytning kan være af forskellig art: Der kan være tale om økonomisk afhængighed, om at driften kontrolleres, eller at der udpeges medlemmer i administrations, ledelses- eller tilsynsorganet [jf. artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje punktum, citeret ovenfor].

39 — Bilag I, XI, E.1, b), i akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EFT 1994 C 241, s. 21).

40 — Punkt 27 i hans forslag til afgørelse i sag C-179/90, dom af 10.12.1991, Merci Convenzionali Porto di Genova (Sml. I, s. 5889). I artiklen »La notion de 'pouvoir adjudicateur' en matière de marchés de travaux« anfører P. Valadou denne definition: »Almenhedens behov kan således defineres som de krav, som (på lokalt eller nationalt niveau) stilles i samfundets kollektive interesse«. Det tilføjes, at »der er tale om en almindelig interesse, når denne interesse ikke sammenblandes med en enkeltpersons eller en bestemt afgrænset gruppes individuelle og særlige interesser«. *Semaine juridique*, Éd. E, nr. 3, 1991, s. 33.

66. Det er i denne forbindelse især vanskeligt at bestemme, hvor skillelinjen går mellem de aktiviteter, der er af industriel eller kommerciel karakter, og de aktiviteter, som ikke har denne karakter.

67. Domstolen har i en anden, men dog nærliggende sammenhæng — det handlede om forholdet mellem staten og offentlige virksomheder — afgivet nogle udtalelser, som gør det muligt at forsøge at definere en skillelinje.

68. Domstolen har udtalt, at »... staten kan optræde enten som udøver af offentlig myndighed eller som udøver af erhvervsmæssig virksomhed af industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet« [41]. I en anden dom har Domstolen konstateret at »... private virksomheder [fastlægger] ... deres produktions- og handelsstrategi ud fra navnlig rentabilitetshensyn. Derimod kan faktorer af anden art øve indflydelse på de offentlige virksomheders beslutninger, nemlig når de offentlige myndigheder søger at varetage samfundsinteresser på en måde, som kan påvirke de nævnte beslutninger« [42].

69. Denne beskrivelse af offentlige og private aktiviteter gør det muligt at søge at afgrænse området for »offentligretlige organer« som omhandlet i direktivet. Fællesskabslovgiver har ønsket, at direktivet skulle finde anvendelse på organer, der imødekommer almenhedens behov, og hvis virksomhed derfor helt eller delvis ikke følger markedets logik. Visse aktiviteter kan på grund af deres karakter af offentlige opgaver ikke undergives rentabilitetshensyn og kan ikke udføres med fortjeneste for øje [43]. Det kan antages, at når lovgiver har sat skillelinjen mellem organer, hvis aktiviteter er omfattet af reglerne om offentlige kontrakter, og alle andre organer ved hjælp af kriteriet »almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter«, er det, fordi disse andre organer befinder sig i konkurrence med andre virksomheder og herigennem tilskyndes til ikke at vælge deres medkontrahenter på grundlag af diskriminerende kriterier. Under disse omstændigheder er der mindre behov for at lade reglerne og deres garantier gælde.

41 — Dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7. Det bemærkes, at det især er i forbindelse med sager om anvendelsen af traktatens konkurrenceregler på visse aktiviteter, at Domstolen har udtalt sig om sondringen mellem aktiviteter, der er offentlig myndighedsudøvelse, og aktiviteter, som, selv om de udøves af offentlige myndigheder, henhører under det privatretlige område. Jf. f.eks. dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft, Sml. I, s. 43, og af 18.3.1997, sag C-343/95, Diego Calì og Figli, Sml. I, s. 1547.

42 — Dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80, 189/80 og 190/80, Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 21.

43 — Om dette spørgsmål, se bl.a. den ovenfor anførte artikel af P. Valadou, punkt 12, M.-A. Flamme og P. Flamme: »Enfin l'Europe des marchés publics«, *Actualité juridique — Droit administratif*, af 20.11.1989, s. 653, og P. Lee: »*Public Procurement*«, 1992, s. 56 og 57.

70. I den foreliggende sag består ÖStDr's virksomhed i henhold til StDrG i fremstilling af officielle administrative dokumenter, hvoraf visse tjener til identifikation af personer og andre anvendes til offentliggørelse af statens lov- og forvaltningsforskrifter. Disse dokumenters funktion er således snævert knyttet til den offentlige orden og til statsinstitutionernes virke i Republikken Østrig. De specielle behov, ÖStDr har til opgave at imødekomme, knytter sig hermed til udøvelsen af offentlige prærogativer, og derfor er denne virksomhed for en stor dels vedkommende ikke undergivet konkurrence, idet der dels er tale om et monopol [44], dels er tale om, at priserne, uanset at disse bestemmes efter forretningsmæssige principper, fastsættes af et organ, som først og fremmest styres af offentlige myndigheder [45]. Staten må have garanti for, at forsyningen er sikret, at produktionen finder sted under vilkår, hvor reglerne om fortrolighed respekteres, og at der ikke er risiko for ulovlig fremstilling af de trykte dokumenter.

71. Af disse grunde mener jeg, at ÖStDr i direktivets forstand udøver virksomhed for at imødekomme »almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter«.

Formålsbetingelsen

72. Det må dernæst undersøges, om ÖStDr er oprettet »specielt« med henblik på at imødekomme de behov, det har til opgave at varetage.

73. Efter bestemmelsens ordlyd er det alene formålet med at oprette organet, der er afgørende for, om dette kan anses for et »offentligretligt organ« i direktivets forstand. Det er naturligvis det formål, der faktisk forfølges, som har betydning. Den nationale ret kan ikke lægge vægt på et erklæret formål om at imødekomme industrielle eller kommercielle behov, når dette erklærede formål med henblik på at muliggøre omgåelse af retsreglerne blot skal skjule, at der udøves aktiviteter i almenhedens interesse.

74. Betingelsen indebærer, at det er udøvelsen af en sådan virksomhed, som skal have begrundet, at organet blev oprettet.

75. Med »specielt« menes ikke »udelukkende«, og organet er således stadig et »offentligretligt organ«, selv om det også udøver andre aktiviteter. Det må dog også undersøges, om organet er blevet oprettet specielt med henblik på dette særlige formål.

44 — S. 6 i den østrigske regerings skriftlige indlæg.

45 — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse. Der er således tale om en administrativ prisfastsættelse, hvilket indebærer, at priserne ikke kan ændres uden en formel beslutning fra en offentlig myndighed. Desuden synes prisfastsættelsen at skulle ske under hensyntagen til ÖStDr's specielle opgaver. StDrG bestemmer således næsten sibyllinsk, at priserne skal fastsættes under hensyn til »den nødvendige kapacitet«, hvilket antyder, at prisniveauet skal dække omkostningerne ved at opretholde en produktionskapacitet, som er tilstrækkelig til at imødekomme statens behov, selv om visse produktionsanlæg af og til ikke udnyttes fuldt ud.

76. Hvis det er tilfældet, vil det fremgå af den helt særlige karakter, dets opgaver har, og som tilsiger, at fællesskabsbestemmelserne skal finde anvendelse på de kontrakter, organet indgår.

77. Det af den østrigske og nederlandske regering [46] foreslåede kriterium, hvorefter der skal lægges vægt på den forholdsmæssige andel af organets aktivitet, som benyttes til at imødekomme behov, der ikke er industrielle og kommercielle, har ingen støtte i direktivets tekst og forekommer mig at indbyde til omgåelse af reglerne. Et organ kan være oprettet med henblik på at imødekomme offentlige behov, men alligevel udøve virksomhed, som udelukkende er industriel eller kommerciel. Hvis disse sidste opgaver er dominerende for virksomheden, ville den foreslåede løsning føre til, at hele organet falder uden for direktivets anvendelsesområde. Offentlige myndigheder ville hermed systematisk kunne anvende denne fremgangsmåde og unddrage samtlige deres offentlige bygge- og anlægsarbejder fra fællesskabsreglernes anvendelsesområde.

78. Det må ikke glemmes, at der er en betydelig byrde forbundet med at anvende reglerne på aktiviteter, som udelukkende er industrielle eller kommercielle, og at denne byrde kan virke uberettiget, når der ikke hviler en tilsvarende byrde på de organer, der er oprettet med henblik på at udøve disse aktiviteter.

79. Dette problem må dog undgås ved, at de offentlige myndigheder vælger det juridiske instrument, der passer til det formål, som skal varetages. Når formålet med at oprette organet er afgørende for, hvilke retsregler der gælder for dets kontraktindgåelse, må de, som opretter organet, sørge for, at selskabsformålet afgrænses på en sådan måde, at man undgår de uhensigtsmæssige virkninger ved at anvende reglerne på aktiviteter, som ikke hører herunder. Disse personer må også fortsat følge med i udviklingen i organets aktiviteter og vurdere, om anvendelsen af reglerne om offentlige kontrakter på den del af virksomhedens aktiviteter, der udelukkende er industrielle og kommercielle, bliver for byrdefuldt.

ÖStDr's juridiske status og de relevante regler

80. ÖStDr blev oprettet for at udføre trykkeriopgaver for staten [47] og er en juridisk person [48]. ÖStDr er i øvrigt underlagt kontrol fra en statslig tilsynsmyndighed [49] og fra Rechnungshof [50], eftersom den østrigske stat — ifølge det af sagsøgte under retsmødet

46 — Som argument for, at ÖStDr ikke er et »offentligretligt organ«, anfører den østrigske regering bl.a., at »... andelen af de af ÖStDr's aktiviteter, som er 'specielle', ikke antager mere end 15-20% af den samlede aktivitet« (s. 6 i ÖStDr's skriftlige indlæg).

47 — Punkt 2 ff. i sagsøgtes skriftlige indlæg.

48 — Se punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

49 — Se punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

50 — Se punkt 63 i dette forslag til afgørelse.

oplyste — fortsat er indehaver af aktiemajoriteten i ÖStDr. ÖStDr bør derfor efter min opfattelse anses for et »offentligretligt organ«.

81. Når en virksomhed falder ind under denne betegnelse, er samtlige de kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, det indgår, omfattet af direktivets bestemmelser. Udtrykket »bygge- og anlægsarbejder« er ikke defineret i artikel 1, litra a), og direktivets anvendelsesområde bestemmes således ikke alt efter hvilken aktivitet kontrakterne vedrører, men alt efter, hvilket organ der skal indgå kontrakten med entreprenøren. Efter min opfattelse bør det første og det sjette spørgsmål besvares på denne måde.

82. Det er herefter ikke nødvendigt at besvare det andet spørgsmål, som angår det tilfælde, at direktivet kun skulle finde anvendelse på ÖStDr's »offentlige« aktiviteter.

Det tredje, fjerde og femte spørgsmål

83. Disse spørgsmål angår nærmere bestemt de betingelser, som underafdelinger af en »ordregivende myndighed« skal opfylde for selv at blive anset for »ordregivende myndigheder«, samt betydningen af, at en underafdeling, som ikke opfylder disse betingelser, indtræder i et offentligt bygge- og anlægsarbejde påbegyndt af en »ordregivende myndighed«.

84. Nærmere bestemt ønsker den nationale ret for det første oplyst, om artikel 1, litra b), i direktivet kan fortolkes således, at begrebet »offentligretligt organ« også omfatter organer, der indgår i en af følgende grupper, nemlig

— virksomheder, som er oprettet af et »offentligretligt organ« med henblik på at imødekomme industrielle og kommercielle behov, og hvor det »offentligretlige organ« besidder mere end halvdelen af selskabskapitalen, og

— erhvervsvirksomheder, hvor et »offentligretligt organ« besidder mere end halvdelen af selskabskapitalen, og hvor dette »offentligretlige organ« til virksomheden overfører økonomiske midler hidrørende fra en aktivitet, som det udøver med henblik på at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel og kommerciel karakter.

85. Der er allerede i direktivets tekst ved definitionen af »offentligretlige organer«

taget stilling til den situation, hvor en offentlig myndighed eller et »offentligretligt organ« er majoritetsdeltager i en juridisk person. Men, som det fremgår af det foregående, skal de tre betingelser, der opstilles i artikel 1, litra b), andet afsnit, alle være opfyldt samtidig, og det er således ikke tilstrækkeligt for at anse et organ for et »offentligretligt organ«, at der er tale om en juridisk person, og at et »offentligretligt organ« er majoritetsdeltager i det. Det kræves yderligere, at organet er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter.

86. Begrebet »ordregivende myndighed« blev udvidet i 1989, for at anvendelsesområdet for fællesskabsreglerne ikke skulle være begrænset til offentligretlige juridiske personer [51], eftersom mange organer ikke hørte under dette formelle begreb, men udøvede beføjelser henhørende til de traditionelle offentlige opgaver. Fællesskabslovgiver har således bekræftet den tendens, som Domstolen har givet udtryk for i sin retspraksis, hvorefter begrebet »ordregivende myndighed« skal fortolkes formålsbestemt [52]. Ifølge samme logik omfatter dette begreb ikke organer, som, selv om de er afhængige af en sådan myndighed, udelukkende udøver privatretlig virksomhed [53].

87. Det følger heraf, at overførsel af økonomiske midler fra en »ordregivende myndighed« til en virksomhed, der udelukkende driver forretningsvirksomhed, lige så lidt som det forhold, at en »ordregivende myndighed« er økonomisk dominerende i en sådan virksomhed, indebærer, at denne virksomhed bliver omfattet af reglerne om offentlige kontrakter. Som den østrigske regering med rette har anført, henhører en sådan overførsel af midler snarere under fællesskabsreglerne om statsstøtte [54].

88. Den østrigske ret har også spurgt, om et bygge- og anlægsarbejde, der anses for et offentligt bygge- og anlægsarbejde, ændrer karakter — med den dertil hørende risiko for, at dette fører til omgåelse af direktivets bestemmelser — som følge af, at en tredjemand, der ikke er en »ordregivende myndighed« i henhold til direktivet, indtræder i kontrakten.

51 — I direktiv 71/305 ansås staten, de lokale organer og visse offentligretlige juridiske personer for »ordregivende myndigheder«. Ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF (EFT L 210, s. 1) blev bl.a. begrebet »offentligretlige juridiske personer« ændret til »offentligretlige organer« som omhandlet i direktiv 93/37.

52 — Dommen i Beentjes-sagen, anført ovenfor.

53 — Se punkt 64 ff. i dette forslag til afgørelse.

54 — S. 10 i det skriftlige indlæg. Det tilføjes for fuldstændighedens skyld, at det følger af direktivets artikel 2, at organer, som ikke er »ordregivende myndigheder«, kan blive omfattet af direktivet, når de bygge- og anlægskontrakter, de indgår, får direkte tilskud på mere end 50% fra en »ordregivende myndighed«. Herudover skal den pågældende kontrakt falde »ind under klasse 50, gruppe 502, i den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber (NACE)« eller »vedrører opførelse af hospitaler, sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål, skole- og universitetsbygninger og bygninger til administrative formål« (artikel 2, stk. 2). Der er tale om en undtagelse fra hovedreglen om, at direktivet finder anvendelse på bygge- og anlægskontrakter indgået af en »ordregivende myndighed«. Hvis den nationale ret skal udtale sig om anvendelsen af denne bestemmelse i den foreliggende sag, bør den undersøge, om den omtvistede kontrakt, som tydeligvis ikke angår opførelsen af den form for bygninger, der er opregnet i sidste halvdel af artikel 2, stk. 2, er omfattet af den anførte gruppe 502 i NACE, som bl.a. omfatter anlægsvirksomhed. Den nationale ret bør også undersøge, om ÖStDr har ydet tilskud til SRG.

89. Inden spørgsmålet kan besvares, må de nøjagtige omstændigheder — med den nationale rets ordvalg — for denne tredjemands »indtræden« i projektet præciseres.

90. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at det udbud, som har givet anledning til den foreliggende præjudicielle sag, er foretaget af sagsøgte, idet ÖStDr trak det tidligere udbud tilbage.

91. Det er således SRG, som er ordregiver, og som skal indgå kontrakten om det omtvistede installationsarbejde. Ifølge den nationale ret opfylder SRG dog ikke betingelserne for at være en »ordregivende myndighed«, hvilket udelukker anvendelse af direktivet.

92. Det er konstateret ovenfor, at det var for at forkorte overgangsperioden, inden SRG — som da var under stiftelse — kunne tage trykkerianlægget i brug, at ÖStDr indgik visse kontrakter angående dette samme projekt. ÖStDr havde i øvrigt »optaget en klausul i alle bygge- og anlægskontrakter, hvorefter [det] på et tidspunkt, som det selv fastsætter, [kunne] overdrage alle rettigheder og pligter ifølge kontrakterne til en af [det] udpeget tredjemand« [55].

93. Disse faktiske omstændigheder viser, at det omtvistede projekt fra begyndelsen indgik i SRG's forretningsområde, og at ÖStDr's handlinger derfor skal bedømmes anderledes, eftersom ÖStDR efter al sandsynlighed foretog udbud af et projekt, som i sin helhed henhørte under SRG's formål.

94. Udbuddet af installationsarbejdet synes således ikke at være blevet foretaget på vegne af ÖStDr, men i stedet af SRG, hvilket kan begrunde, at kontrakten ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde.

95. Bundesvergabeamt anfører, at det forhold, at tredjemands indtræden kan bringe et projekt uden for anvendelsesområdet for fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter, øger risikoen for omgåelse af disse regler.

96. En sådan risiko kan ikke helt udelukkes, når anvendelsen af fællesskabsreglerne om offentlige bygge- og anlægskontrakter afhænger af, hvem der er parter i kontrakten.

55 — S. 6 i forelæggelseskendelsen.

97. Jeg har dog allerede anført, at den nationale ret, for hvilken sagen verserer, må undersøge de grunde, som anføres at være årsagen til, at det organ, der indgik den omtvistede kontrakt, blev oprettet. Det er denne bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som er afgørende for den retlige vurdering [56].

98. Den nationale ret må således konkret kontrollere, at en virksomhed ikke er blevet oprettet af en »ordregivende myndighed« med det ene formål for øje at aftale anlægs- og byggearbejder, uden at fællesskabsreglerne finder anvendelse. Hvis det faktiske formål med at oprette virksomheden virkelig skulle være at indgå offentlige bygge- og anlægskontrakter, må den nationale ret konstatere, at den omtvistede kontrakt er indgået på vegne af den »ordregivende myndighed«, og at direktivet finder anvendelse.

99. Den »ordregivende myndighed« kan også vælge at henvende sig til en allerede etableret virksomhed. I dette tilfælde vil det være sværere at konstatere, om reglerne søges omgået, eftersom den således udvalgte virksomhed efter al sandsynlighed ikke vil have til formål at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter, og de kontrakter, den indgår, således normalt ikke vil være omfattet af fællesskabsreglerne.

100. Den nationale ret må bedømme, om der virkelig er en forbindelse mellem de projekterede arbejder og virksomhedens selskabsformål. En virksomhed, som indgår en kontrakt om udførelsen af et arbejde, der ikke skal anvendes i forbindelse med dens egne aktiviteter, må forudsættes at handle på vegne af en anden. Såfremt denne anden kan anses for at være en »ordregivende myndighed«, skal fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter finde anvendelse.

Det syvende spørgsmål

101. Med dette spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om fællesskabsfinansiering af et bygge- og anlægsarbejde er betinget af, at modtageren underkaster sig fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter, selv om modtageren, i denne sag SRG, ikke er et »offentligretligt organ« og således ikke kan betegnes som en »ordregivende myndighed«.

102. Ordlyden af forordningens artikel 7, stk. 1, kan forstås på to forskellige måder. Enten sikrer Fællesskabet sig, når det finansierer en aktion, at modtagerne af støtten

56 — Jf. punkt 72 og 73 i dette forslag til afgørelse.

overholder de fællesskabsregler, de er omfattet af. Eller også skal de fællesskabsregler, som nævnes i bestemmelsen, anvendes på modtagerne af støtten, selv om disse ellers ikke ville være omfattet af disse regler.

103. Den første tolkning er efter min mening den eneste mulige.

104. Det er ikke foreskrevet i artikel 7, at fællesskabsreglerne om indgåelsen af offentlige kontrakter under alle omstændigheder finder anvendelse på alle virksomheder, som ønsker at modtage fællesskabsfinansiering til gennemførelse af forordningens aktioner.

105. Aktioner, der finansieres af Fællesskabet, skal i henhold til artikel 7 være »i overensstemmelse« med reglerne for indgåelsen af offentlige aftaler. Aktionernes »overensstemmelse« forudsætter først og fremmest, at de er omfattet af det anvendelsesområde, som er bestemt for hvert af de relevante fællesskabsregelsæt. En aktion, der udføres af et organ, som ikke opfylder betingelserne for at være et »offentligretligt organ« i direktivets forstand, er selvsagt i samklang med direktivet, eftersom aktionen ikke er omfattet af direktivets bestemmelser.

106. Spørgsmålets meget generelle karakter taler også for dette resultat. Hvis disse regler uden videre blev udvidet til at gælde for alle virksomheder, der udfører aktioner finansieret af Fællesskabet, kunne det skabe fortolkningstvivl, som ikke ville være i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet.

107. Såfremt direktiverne om offentlige kontrakter fandt anvendelse på organer, som udelukkende udøver industriel eller kommerciel virksomhed, ville det frem for alt være vanskeligt foreneligt med formålet med disse regler, der — som det er konstateret ovenfor — er at sikre virksomhederne lige adgang til at deltage i de kontrakter, der indgås af offentlige myndigheder og organer, som varetager offentlige opgaver.

108. Lovgiver synes snarere at have tilsigtet, at de udgifter, Fællesskabet afholder i forbindelse med strukturpolitikken, forbeholdes virksomheder, som overholder fællesskabsreglerne, og at de ikke tjener til at støtte handlinger i strid hermed.

109. Det må således konkluderes, at en virksomhed, som modtager fællesskabsfinansiering, men som ikke er et »offentligretligt organ« i henhold til direktiv 93/37, ikke er forpligtet af bestemmelserne i det ovenfor anførte direktiv om klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

Forslag til afgørelse

110. På grundlag af disse betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare de forelagte spørgsmål således:

»1) Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således at:

— Et trykkeri, som er en juridisk person og oprettet med henblik på at have eneret til at producere officielle administrative dokumenter til staten, og som er underkastet kontrol fra staten, bl.a. ved at denne besidder mere end halvdelen af selskabskapitalen og fastsætter priserne på de nævnte dokumenter, skal anses for et 'offentligretligt organ' i henhold til direktivets artikel 1, litra b), selv om denne del af trykkeriets virksomhed kun udgør en mindre del af dets samlede virksomhed.

— Direktivets bestemmelser finder anvendelse på samtlige de bygge- og anlægskontrakter, der indgås af et 'offentligretligt organ' som omhandlet i direktivets artikel 1, litra b).

2) Artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 skal fortolkes således, at en virksomhed oprettet af et 'offentligretligt organ', som besidder mere end halvdelen af virksomhedens selskabskapital, med det ene formål at udøve industrielle og kommercielle aktiviteter, ikke udgør et 'offentligretligt organ' i denne bestemmelses forstand, selv om det offentligretlige organ overfører økonomiske midler til virksomheden hidrørende fra de aktiviteter, det udfører med henblik på at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel

karakter. Det forhold, at en sådan virksomhed indgår en kontrakt om bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med udførelsen af et projekt, som oprindeligt blev påbegyndt af et 'offentligretligt organ', indebærer ikke, at bestemmelserne i direktiv 93/37 bliver anvendelige på denne kontrakt, medmindre kontrakten må anses for at være indgået på vegne af det 'offentligretlige organ'.

3) Artikel 7, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 2052/88 af 24. juni 1988 om strukturfondenes opgaver og effektivitet samt om samordningen af deres interventioner indbyrdes såvel som med interventionerne fra Den Europæiske Investeringsbank og de øvrige eksisterende finansielle instrumenter, som ændret ved artikel 1 i Rådets forordning (EØF) nr. 2081/93 af 20. juli 1993, skal fortolkes således, at en virksomhed, der modtager fællesskabsfinansiering, ikke er underkastet klageprocedurerne i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter, når virksomheden ikke er et 'offentligretligt organ' i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 93/37.«